

POR LORENZO DE CASTRO, Y D. MARIA DE VARGAS SU MUGER:

CON

DON FRANCISCO DE GUZMAN Y RIBERA.

N.1. EL Hecho es, que por el año passado de quarenta y vno, se trató casamiento entre Don Iuan Antonio de Castro, hijo del dicho Lorenço de Castro, y Doña Maria de Guzman y Ribera, hija del dicho Don Francisco: y estando ya ajustadas las condiciones del contrato, el dicho Lorenço de Castro ordenô vna memoria de su letra, que entregò a Rodrigo de Abreu, para que ordenasse la escritura, y en la dicha memoria ay las Clausulas siguientes, que tocan a el punto deste pleyto.

Primera Clausula.

LOs dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas señalan por capital a el dicho su hijo 20U. ducados, los quales los aya despues de los largos dias de las vidas de los dichos sus padres, y si no cupieren en la legitima que de nos huuiere de auer despues de nuestros dias, lo mejoramos, y nos obligamos que le cabrã.

Segunda Clausula.

Y Demas de los dichos 20U. ducados que le mandamos por capital despues de nuestros dias, ha de ser a nuestro cargo lo q̃ se gastare en vestidos, y cosas forçosas; y esto mas es capital suyo.

Tercera Clausula.

Y En el interim que llega el caso de suceder en los .20U. ducados despues de nuestros dias, le hemos de dar mil ducados cada año, los .500. de contado y los otros .500. en comer a el, y su muger y criados, coche, cauallo y casa, conq̃ precisamente aya de comer en nuestra casa.

Ordenòse la escritura por el dicho Rodrigo de Abreu, que parece estar otorgada por todas las partes, y en ella entre otras Capitulaciones, las que conduzen para el punto deste pleyto se ponẽ aqui a la letra, para mejor inteligencia de lo que hemos de fundar en Derecho por Lorenço de Castro, y su muger.

Capitulacion Primera.

Item nos los dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas su muger, desde luego para quando tenga efecto el dicho casamiento, señalamos, y ofrecemos y mandamos a el dicho Don Iuan Antonio de Castro y Vargas nuestro hijo, por capital, y caudal y bienes suyos veinte mil ducados, que valen siete quentos y quinientos mil marauedis, los quales le prometemos y mandamos a quenta de las herencias y legitimas que de nos, y de cada vno de nos le pertenecierẽ en fin de los largos dias de nuestras vidas: la qual dicha cantidad debaxo de la dicha mancomunidad que fecha tenemos, nos obligamos de la hazer buena, y que sera cierta y segura, y que en esso no aurá embarazo, ni impedimento alguno, y que le cabra a el dicho nuestro hijo en fin de los dichos nuestros dias, de las legitimas que de nos le pertenecieren, de que nos constituimos por sus inquilinos, e reales deudores de la dicha cantidad: y si los dichos veinte mil ducados no cupieren en las dichas legitimas que de nos le pertenecieren, nos obligamos de le satisfazer, cũplir, e pagar a el dicho nuestro hijo la cantidad que faltare para cumplir los dichos veinte mil ducados en los demas nuestros bienes, de que se ha de poder hazer pagado de su mano, sin que ninguno de nuestros herederos se lo puedan impedir: para lo qual desde luego para quando lo tal suceda, mejoramos a el dicho Don Iuan Antonio de Castro y Vargas nuestro hijo, en la cantidad que faltare para cũplir los dichos veinte mil ducados: la qual dicha mejora la hazemos para que la aya en el tercio y remaniente del quinto, de los bienes que quedaren en fin de los dias de nuestras vidas, con todas las fuerzas y firmezas, insinuaciones y renunciaciones de leyes en derecho necessarias para su efecto y validacion, las quales hemos aqui por puestas y referidas de palabra a palabra, porque assi es concierto, contra lo qual no hemos de poder dezir, ni alegar cosa en contrario, y si lo dixeremos o alegaremos, que nos valga.

Capitulacion Segunda.

Y En el interim y mientras que los dichos Don Iuan Antonio de Castro nuestro hijo, y Doña Maria de Guzman y Ribera que ha de ser su esposa, no se le

dieren

dieren en los dichos veinte mil ducados, que assi le señalamos a el dicho nuestro hijo por capital suyo, nos obligamos debaxo de la dicha mancomunidad que fecha tenemos, de les dar a los susodichos mil ducados de renta en cada un año, los quinientos ducados de ellos en contado, moneda de vellon, en fin de de cada tercio la tercia parte, y los otros quinientos ducados en que desde luego tassamos, y moderamos los alimentos y sustento de los dichos Don Iuan Antonio de Castro, y Doña Maria de Guzman y Ribera, y la viuienda que han de tener, y que desde luego les señalamos en las casas de nuestra morada, y el sustento de criados, coche y cauallos, e lo menesteroso e forçoso para su viuienda, conforme a las calidades de sus personas: los quales dichos quinientos ducados en dineros nos obligamos de les pagar desde primero de Mayo de este dicho año de.1641. en adelante en fin de cada tercio, como sea cumplido lo que montare la tercia parte de la dicha renta, como arriba està declarado, sin que podamos dezir ni alegar que no nos queda para nuestra congrua sustentacion, ni para las cargas ni obligaciones de nuestras personas; y si lo dixeremos, o alegaremos, que no nos valga, porque nos puedan executar, y a cada uno de nos y nuestros bienes, y sean creidos con solo su juramento y declaraciõ, o de quien su causa huuiere, sin otra prueba, de que los releuamos.

Capitulacion Tercera.

ITem, yo el dicho Don Iuan Antonio de Castro y Vargas, desde luego para quãdo tenga efecto el dicho matrimonio, otorgo q̃ mando en arras propter nuptias, y en pura e justa donacion a la dicha Doña Maria de Guzman y Ribera, q̃ siendo Dios seruido, ha de ser mi esposa, y por honra de su persona, y de los hijos que su diuina Magestad fuere seruido de nos dar del dicho matrimonio, dos mil ducados en moneda de vellon, que declaro caben en los dichos veinte mil ducados que los dichos mis padres me han señalado por mi capital por esta escritura: y en caso que no quepan, se los mando de lo mejor parado de los bienes que yo tuuiere en todo tiempo, para que la dicha cantidad la dicha Doña Maria de Guzman y Ribera la pueda auer, y aya desde el dia que nos desposaremos, como cosa suya, demas de la dicha dote, y de lo que conforme a derecho huuiere de auer, porque assi es cõcierto.

N.3 Y despues de la fecha dize el Escriuano estas palabras. *E yo el presente Escriuano Publico doy fee que dos dias antes del dicho otorgamiento, di, y entreguè esta escritura al dicho Lorenço de Castro, para que la leyesse, y entendiesse el efecto della: el qual oy dicho dia me la entregò, y dixo que la auia visto, leydo, y entendido el efecto della, y que estaua conforme a la memoria para hazerla y ordenarla que me auia entregado, y que assi lo otorgaua como en ella se contiene.*

N.4 Tuuo efecto el matrimonio, y pocos años despues murio el dicho Don Iuan Antonio de Castro, dexando quatro hijos del dicho matrimonio, y viuos a los dichos Lorenço de Castro y doña Maria de Vargas sus padres, y a pocos dias murio la dicha doña Maria de

Guzman y Ribera su muger, y despues della murieron tres de sus quatro hijos, estando (como todavia estan) viuos los dichos Lorenço de Castro y doña Maria de Vargas su muger: los quales assimismo tienen por su hija legitima a doña Beatriz de Castro. Con la muerte de los dichos tres hijos del dicho don Iuan Antonio y doña Maria de Guzman, se ocasionò la pretension que oy tiene el dicho don Francisco de Guzman su abuelo, de que ha sucedido por titulo hereditario juntamente con el dicho Lorẽço de Castro y su muger in stirpes en los.15U.ducados que por sus tres quartas partes pertenecieron a los tres nietos difuntos, assi en los.20U.ducados de principal, como en los vn mil ducados de renta que los dichos Lorenço de Castro y su muger prometieron y mandaron al dicho don Iuan Antonio de Castro su hijo, por las Capitulaciones arriba insertas, porque dize que sus nietos sucedieron a su padre en el derecho de las Capitulaciones, y que êl como heredero forçoso de sus nietos, ha sucedido en el mismo derecho, y lo tiene para que quãdo llegue el caso de la paga de los dichos.20U.ducados, se le entregue su rata parte, como a vno de dos herederos de los dichos tres nietos, y en el interin se le pague la rata de los reditos, q̃ viene a importar el principal.7U500.ducados, y los reditos.375.ducados de renta en cada vn año, y que para quando llegue el caso de la paga Real y efectiua de los dichos.7U500.ducados, le ha de dar bastante seguridad con bienes valiosos, o pagarselos luego de contado: y ha seguido y substanciado este articulo solamente con los dichos Lorenço de Castro y su muger, siendo el principal interesado el nieto que està viuo, en que el dicho don Francisco su abuelo no consiga esta pretension, por lo que en el discurso desta informacion se fundarà.

N.5 Lorenço de Castro y su muger contestan esta demanda, negando que don Francisco de Guzman tenga derecho para cosa alguna de las que pretende; porque en quãto a los.20U.ducados del principal que señalaron de capital a su hijo, no se cumplio la condicion de sobreuiuencia a sus padres, que si bien no està expressa en la Capitulacion, à iure tacitè inest, por auer sido assignacion de legitima y herencia; y que quando a los hijos del mismo matrimonio se les huuiesse adquirido el mismo derecho, es fuerça que fuesse con la misma calidad y condicion de sobreuiuir a los dichos Lorenço de Castro y su muger: calidad que no se cumplio, pues todos tres murieró quedando viuos los dichos Lorenço de Castro y su muger, y solamente pudiera y puede repetir todo el Derecho de las dichas Capitulaciones el nieto que oy està viuo.

N.6 Y en quanto a la renta, dizen Lorenço de Castro y su muger, que la obligacion y promessa que hizieron de dar a su hijo mil ducados de

de renta en cada vn año en el interim que no sucediesse en los dichos 20U. ducados, se acabò con la muerte de su hijo, sin que passasse a los nietos, y quando passasse, se extinguio tambien con auer muerto rata por cantidad.

7 Y en quanto a la seguridad q̃ se les pide en bienes rayzes, o dineros de contado, responden que quando en lo principal algun derecho tuuiesse Don Francisco de Guzman, no lo tiene para pedir seguridad alguna, auiendose efectuado el contrato matrimonial y sus capitulaciones, sin pedir mas seguridad que su obligació, mayormẽte no auiendo sobreuenido nueua causa, y tal qual se requiere para obligar a que los padres en su vida asseguren las legitimas de los hijos, en especial a fauor de vn estraño.

8 Concluso el pleyto en difinitiua, pronunciò sentencia el Alcalde Don Iuan de Leon, del tenor siguiente.

Sentencia.

FAllo que debo de declarar y declaro pertenecer al dicho D. Francisco de Guzman y Ribera las partes de las herencias de los dichos sus tres nietos contenidas en su demanda, y los reditos pro rata desde el dia de sus fallecimientos, y debo de condenar, y condeno al dicho Lorenço de Castro a que le dè y pague los dichos corridos dentro de tercero dia; con apercebimiento que no lo haziendo, se darà mandamiento de execucion, y a que dè seguridad para la paga del principal de las dichas herencias, sobre que es este pleyto, para su paga quando llegue el caso della. Y por esta mi sentencia difinitiuamente juzgando assi, lo pronuncio, y mando sin costas.

9 Desta sentencia apelaron Lorenço de Castro y su muger, y pretenden recibieron agrauio en tres cosas. *Lo primero*, en auer declarado pertenecer al dicho don Francisco las partes de las herencias de los tres nietos predefuntos. *Lo segundo*, en auer declarado pertenecer al dicho don Francisco los reditos pro rata desde el dia de sus fallecimientos. *Lo tercero*, en auerlos condenado a que den seguridad para la paga del principal de las dichas herencias quando llegue el caso. Y està visto en segunda instancia de los mismos autos. Y por proceder con la claridad possible, diuidirèmos este informe en tres Articulos que correspondan a los tres agrauios que Lorenço de Castro y su muger pretenden recibieron en la dicha senten-

ARTICVLO PRIMERO.

10 EN Este Articulo hemos de fundar que don Francisco de Guzman y Ribera, como heredero de sus nietos, no tiene aora, ni puede tener en tiempo alguno derecho a la mitad de las tres partes de los veinte mil ducados señalados de capital en la capitu-

lacion

lacion matrimonial arriba referida, por cabeça de los tres nietos q̃ son muertos, y para hazer desto demonstracion, prælibandum duxi, que si se põderan bien, assi las clausulas de la minuta que se dio al Escriuano para que ordenasse la escriptura, como las capitulaciones que dexamos referidas de la dicha escriptura, juntamente con lo que deponen los testigos de la probança fecha por Lorenço de Castro, se reconocerà que la mente, intencion y voluntad de los cõtrayentes no fue darle luego veinte mil ducados al dicho don Iuã Antonio, sino señalarle, y tassarle lo que auia de auer y heredar de sus bienes à titulo de ambas legitimas paterna y materna, de modo que no fuesse menos de 20ɥ. ducados, y que si no llegassen las legitimas a tanta cantidad, se cumpliesse del tercio y quinto de sus bienes, mejorandole en lo que fuesse necessario para suplir la falta, y cumplir los dichos 20ɥ. ducados: lo qual se comprueba bien si se aduierte que en toda la escriptura no ay palabra que suene, ni signifique donacion entre viuos, sino mera tassacion in tẽpus mortis, vt patet in prima clausula, ibi: *Señalan por capital, &c.* & in prima capitulatione, ibi: *Señalamos, &c.* & in secunda capitulatione, ibi: *Que assi le señalamos, &c.* Verbum enim *Señalar*, propriè taxationem significat, præsertim non facta traditione rei, vel quantitatis assignatæ, vt in simili ratiocinatur Cancerius *lib. 1. variar. cap. 3. num. 23.* ibi: *Quod non fuisset facta dicta assignatio legitimæ iure donationis, constabat ex verbis, quibus vsa erat mater in assignatione legitimæ, vsa siquidẽ fuit verbo* Lego, *quod conuenit vltimæ voluntati, & actum vltimæ voluntatis importat, non verbo* Dono; *prout in simili aduertit Parisius consi. 33. n. 42. lib. 2.* Et ibi: *Quid quod non fuerat facta traditio, sed solùm taxatio quantitatũ, quas voluit mater tempore mortis suæ filios habere pro legitima, ne in ea per fratrem donatarium posset moueri controuersia, vt in simili argumentatur Suarez in l. quoniam in prioribus in euidentialibus post num. 3.*

11 Ni obstarà si se ponderare que tambien vsaron de la palabra *Mãdamos*, vt patet in prima capitulatione, ibi: *Señalamos, ofrecemos, y mandamos, &c.* Porque se responde, que el verbo *Mandamos*, corresponde al verbo latino *Lego. l. omne verbum. C. communia de legatis, & fidei* quod actum vltimæ voluntatis denotat, nec interest quod positum sit in tractatu, ex quo manifestè de se importat actum vltimæ volũtatis, vt affirmat Surdus *decis. 272. n. 22.* in fine, Cancerius *dicto cap. 3. n. 24.* in fine.

12 Fuera de que de la palabra *Mandamos*, no vsaron mas de vna vez, y de la palabra *Señalar*, vsaron cinco vezes; y esta geminacion del-nuda de la palabra *Mandamos*, denota bien que la intencion y eni-xa voluntad de Lorenço de Castro y su muger, fue señalar y tassar solamente la cantidad en q̃ les huuiera de heredar su hijo despues de

de su muerte. *l. Balista*, iuncta glossa *ff. ad Trebel. l. quinquaginta. ff. de probat. cap. eam te, de rescriptis*, donde dixo Baldo, quod verba geminata significant præcisam intentionem. Latè Euerardo *in locis leg. loco à vi geminationis*. 121. mas no el hazerle donacion exigible y cobrable luego: y en toda disposicion la mente è intencion de los contrayentes, & quod verosimile est ipsos sensisse attendi debet. *l. iuris gentium. §. pactorum. ff. de pact. l. sed Celsus. §. 1. ff. de cõtrah. empt.* nec debet recipi sensus contra verosimilem mentẽ recipientis, vel dantis, latê Corneus *con. 291. lib. 4.* Cancerius *lib. 1. vari. cap. 8. num. 167.* Casanate *cons. 45. num. 102.*

13 Y es bien de notar, que siendo asi que quando los contrayentes quieren hazer donacion, vsan de palabras geminadas que lo significan bien, a que ayudan los Escriuanos con la abundancia de sus clausulas de estilo, no se hallan en toda la escritura de Capitulaciones matrimoniales palabra alguna que signifique donacion entre viuos, siendo asi que les fuera muy facil si ella fuera su intenciõ y voluntad: argument. textus *in. l. vni. §. penultimo. C. de caducis tollendis*, y si no lo expressaron, de presumir es que no fue su volũtad hazer donacion inter viuos: non enim credimus hominem velle, nisi id, quod dixit, teste Baldo *in. l. voluntatis ad fin. C. de fideicommiss.* quinimo scienter, & cum mysterio omisisse dicendum est, vt in simili arguunt Anania *cons. 22. num. 3.* Pedrocha *cons. 5. num. 51.* Hondedeo *cons. 57. num. 32.* Socinus Iunior *cons. 26. num. 6. & num. 7. lib. 4.* affirmans hanc esse potentissimam coniecturam, Molina *de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 57.* Casanate *cons. 45. n. 25.* ni en duda se puede presumir donacion, etiam inter patrem & filium, sicut relatis multis scribit Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 30. num. 29.* Molina *d. c. 5. num. 7.*

14 Y menos obsta la ponderacion que se haze de aquellas palabras de que vsaron en la primera Capitulacion, ibi. *Desde luego para quando tenga efecto el dicho casamiento, señalamos, ofrecemos, y mandamos, &c.* queriendo persuadir que el plazo de la paga de los veinte mil ducados, se cumplio luego que tuuo efecto el matrimonio. Porque se responde, que hazer esfuerço en semejante ponderacion, est in medio solis scutire, porque in sensu legali verba *Para quando*, latinè *Cûm*, non tempus solutionis designat, sed conditionem: ac si dixerint contrahẽtes: *Señalamos, y mandamos de capital a nuestro hijo veinte mil ducados, si tuuiere efecto el matrimonio*: dictio enim *Cùm* conditionẽ importat. *l. huiusmodi. l. quodcumque. § non solõm. ff. de verbor. oblig.* docet Bart. *in. l. 1. n. 8. ff. de conditio. & demonstrat.* & passim Doctores. Y no fue mas que expressar la condicion que à iure inest in omni cõtractu matrimoniali, quia quidquid matrimonij contrahendi contempla-

templatione promittitur, habet tacitam conditionem, si nuptiæ sequantur, etiam si id expressũ non sit. *l. dotis promissio. 69. ff. de iure doti. l. stipulationem. ff. eodem. l. item quia. §. 1. ff. de pactis.* Galganet. *de condit. p. 2. cap. 6. q. 1. n. 11.* señor Don Iuan del Castillo *tom. 6. cap. 119. n. 1.*

14 Et denique hucusque dicta confirmantur con la ponderacion q̃ se debe hazer de las palabras de que vsaron en la segunda Capitulacion, ibi: *Y en el interim que no sucedieren en los dichos veinte mil ducados.* Conque explicaron bien su intencion y voluntad los contrayentes, de que el auer de lleuar de sus bienes los dichos. 20ꝰ. ducados, auia de ser por titulo hereditario, porque essa es la principal y genuina significacion verbi illius *Sucediere*, quippe quod latè acceptũ vltimæ voluntatis verbum est, & denotat successionem ex testamẽto, vel ab intestato. *l. in successione. C. de leg. hæredib. l. 1. & 2. l. seruus. C. cõmunia de successionib. l. si in persona. C. de fideicõm.* Bart. *in. l. Centurio, versic. Quinto dubitatur. ff. de vulgari.* Ruinus *cons. 72. n. 17. lib. 3.* Cephalus, *cons. 254. num. 11.* latè Casanate *cons. 45. à num. 9.* & quod per prius & secundum primæuam significationem, significat successionem legalem, non actum inter viuos, docent idem Cephalus *cons. 274. num. 10.* Casanate. *d. cons. 45. num. 115.* Bien pues pretendemos que don Iuan Antonio de Castro, ni sus hijos en vida de Lorenço de Castro y su muger, no tuuieron derecho para pedir y cobrar de sus bienes los dichos. 20ꝰ. ducados, y que solo lo tuuieron para quando llegasse el caso de suceder a su padre y abuelos iure hæreditario ex testamento, vel ab intestato.

15 A que correspondio siempre la obseruancia del dicho don Iuan Antonio mientras viuio, pues nunca pidio a sus padres que le pagassen los dichos. 20ꝰ. ducados, aunq̃ viuio despues de casado mas de quatro años, ni en esto por el, ni por los deudos de su muger se hablò, ni intentò cosa alguna judicial, ni extrajudicialmente, porq̃ siempre tuuieron por cierto y assentado no estauan obligados a el desembolso actual de los dichos. 20ꝰ. ducados, sino solamẽte quando llegasse el caso de sucederles por su muerte.

16 Et corroborantur prędicta, si se aduierte que la promessa y assignacion de. 20ꝰ. ducados que hizieron Lorenço de Castro y su muger a D. Iuan Antonio de Castro su hijo, no fue iure donationis, sed pro legitimis, & in rationẽ legitimarũ, ex quo habuit vim & naturam relicti in vltima voluntate. *l. 1. §. si impuber. ff. de collat. l. 1. §. interdum ff. de vulgari. l. cùm quæritur. C. de inoffic. testam.* docet comunis Magister Ant. Pichar. *in. §. fin. num. 35. inst. de inoffic. testam.* Et ideo si quartam titulo donationis inter viuos habeat filius, hac tamen contemplatione, vt in legitimam imputetur, quærella cessat. *l. si non mortis causa. 25. ff. de inof. testam. l. si quando. 35. §. & generaliter. C. eod. §. fin. instit. eod.*

ugier y Marido q̃ Matrim.º de fraudados y estos textos y doctrinas no abõg [illegible]
vrreuocable, y la Muerte no se fixo obligacion sino ala paga Molina de [illegible] 1. 35 n.º

eod.tit. quia tunc idem est, ac si pater per vltimam voluntatem reliquisset, vt donatio causa mortis habeatur. *l.3.§.si debita patrono,* ibi: *Sed si non mortis causa donauit libertus patrono, contemplatione tamen debitæ portionis donatæ sunt, idem erit dicendum; tunc enim, vel quasi mortis causa imputabuntur. ff. de bonis libertorum.* docent Connanus *lib.9.comm.cap.10. num.6.* Robles *de præsent. lib.2.cap.16.n.31.*

17 Sed quid plura? supuesto que don Francisco reconociendo que no tiene derecho para pedir los dichos 7Џ500. ducados de contado, y que la obligacion de sus consuegros fue para despues de sus dias, no ha pedido mas de que se le assignen para quando llegue el caso de la sucession, so color de que el dicho Lorenço de Castro ha ydo, y va disipando de sus bienes: y aunque por la sentencia del Alcalde no se le mandan pagar luego, no apelò, y la dexò consentida, insistiendo solo en su confirmacion. Quibus sic prælibatis quatruplici fundamento faciam, vt elucea tla justicia de Lorenço de Castro y su muger in hoc primo Articulo.

Fundamentum Primum.

18 Ex proximè prælibatis satis liquet, que la capitulacion matrimonial que dio causa a este pleyto, no tanto fue contracto entre viuos, quanto especie de vltima voluntad: no es pensamiento mio, grauissimos autores lo assientã por llano, quorum authoritate fretus id ipsum affirmare nõ piget; Celsus Hugo *consil. 120.n.43* dixo, quod ista dispositio est quædam patris ordinatio præueniens supremi iuditij dispositionem, Cancerius *lib.1.variar. cap.7.n.87.* ibi: *Respondi pro hærede coniugum, eo quod hæreditamenta, quæ fiunt per parentes tempore contractus sui matrimonij in fauorem filiorum nascituror um censentur, veluti quædam vltima voluntas parentum in filios, & ab eis descendentes.* Fontanella *de pact. nupt. claus. 4 glos. 9. p. 5. num. 20.* Pedro Gregorio lo llamò anticipatum testamentum parentis, *in syntag. iuris lib.41. de actionib. cap.7. num.17.*

19 Y con este presupuesto de ser especie de vltima voluntad, resueluen, & iure optimo que el derecho adquirido a el hijo en cuyo fauor se hizo la capitulacion, si muere antes que su padre, no lo transmite a sus herederos estraños, sed tantùm in descendentes, quibus prospicere voluisse censentur parentes: argum. text. *in l.1. C. de his qui ante apertas tab.* porque semejantes disposiciones tacitam, & subintellectam præseferunt conditionem, scilicet, si filius, vel eius descendentes parentibus superuiuant, apprimè Bereng. Ferdin. *in cap. vnico de filijs ex matri. ad Morgan. contracto præludiorum, cap.7. nu.9.* dum sic ait: *Dubitari tertio potest retenta forma, qua primogenitus, aut alius solus*

 vocatur

vocatur, si hic moriatur ante parentẽ, qui liberalitatẽ exercuit, an ad suos hæredes aliquid transferat ex bonis istis? Pone pactam fuisse matrem, & hic filius testamentum fecerit, quo vxorem forte hæredem scripsit: vel finge patrem pactū, cuius filius hæres conuentionalis præmoritur superstite matre, & fratribus, qui ex persona huius præmortui ius in illis bonis petant, pater autem dicit se posse liberè de his bonis disponere: quid iuris resolue breui, quod hic pater liber fuit dū filius mortuus fuit, quem hæredem conuentione scripserat, eaque obligatio parentis pacto contracta tollitur mortuo ante eum honorato, & institutio illa quasi caduca fuit, argum. l. vnicæ. §. pro secundo. C. de caduc. tollend. Ius enim filio quæsitum in diem incertum competebat, & transmittere non potuit ad sibi succedentes: argum. d. l. vnicæ. § sin autem præiuditiū patris, ratione. l. si te quod. Y mejor lo auia dicho en el cap. 6. antecedente. n. 12. vers. quinta circunstantia, ibi: Sequitur ex eo quod si filius hic fructum ex his pactis recepturus moriatur viuo parente qui se se adstrinxit, pacta illa caduca fiant. l. 1. §. pro secundo. C. de caducis tollend., & parens liber in disponendo remanebit, neque verò mater huius hæredis præmortui, aut alius alioquin hæres quicquam ex prædictis bonis pacto comprehensis consequetur, & text. in authent. defuncto, quæ parentes ad bona descendentium vocat, huic negotio minimè conuenit, quoniam intelligi debet in bonis, quæ prorsus descendenti quæsita fuerant, qualia nō sunt hæc quæ pacto comprehenduntur, quo pertinet. l. 2. C. de bonis quælibet, quæ vult bona ad parentem redire, à quo processerunt, ne parentes reuocentur à munificentia erga liberos: quod limitabis quando hic filius pacto hæres factus relinqueret ex se liberos qualitatis requisitæ, in quos putem eius successionis, & patrimonij transmissionem fieri à tempore dispositionis etiam filio mortuo, viuo disponente. Cancerius, lib. 3. variarum, cap. 7. num. 87. qui satis ad rem præsentem loquitur, dum sic ait: Quæro quinto parentes in suo contractu matrimoniali, hæreditarunt filios ex illo matrimonio, natus est vnus filius ex dicto matrimonio, qui duxit vxorem, & non aliter à parentibus hæreditatus decessit postea superstitibus parentibus, & sine liberis relicto quodam hærede extraneo, decesserunt postea parentes relicto alio etiam extraneo hærede: fuit quæstionis inter dictos duos hæredes extraneos; ad quem ex eis hæreditas dictorum coniugum specta et.

Respondi pro hærede coniugum eo quod hæreditamenta, quæ fiunt per parentes tempore contractus sui matrimonij in fauorem filiorum nasciturorum, censentur, veluti quædam vltima voluntas parentum in filios, & ab eis descendentes, vt post Bald. tradidimus, lib. 1. cap. 8. de donatio. post num. 34. & sensuit Bereng. Ferdinan. de filijs natis ex matri. ad morgana. contract. cap. 7. prælud. vers. Quintus casus, & sic effectum non habent, nisi filij, aut ex eis descendentes parentibus superviuant, vt volunt idem Bereng. Ferdi. cap. 9. dicto prælud. post num. 2. vers. Secundo facit, & decidit clarius in cap. 7. præludi tens, cum ius competens talibus filijs ex dictis hæreditamentis sit, in diem incertum ad eorum successores extraneos transmittere non posse; allegat. l. 1. §. sin autem

si autem, C. de cadu. toll. si filius tamen descendentes reliquisset in eos transmissionem fieri non dubitat, allegat. l. 1. C. de his qui ante aper. tab. & ista est mera veritas quam fusius declarabo in fin. in cap. 21. de transmissio, post q. 2. Hocque procedit ex mera donatorum mente: Vnde decisionem Auchar. & aliorum relat. per Ioann. Antoni. Lanari. cons. 89. num. 8. Quod donatio filio, eius filijs deficientibus filijs, non transeat ad hæredem extraneum, sed redeat ad donatorem, censeo habere locum in donatione facta in contractibus matrimonialibus, secus in alijs donationibus inter viuos, nisi in contrium adessent coniecturæ, vt ex communi resolui infra, cap. 21. de trāsmis, n. 105. & 106.

20 Y a Lanerio citan y siguen Fontanel *de pact. d. claus. 4. glos. 9. p. 5. num. 26. â num. 65.* Molino, *de ritu nupt. lib. 3. quæst. 10. num. 45. versic. fin.* ibi: *Nec huiusmodi donationes perfectæ dicuntur, nisi post mortem patris donātis, & dicuntur conditionales, nec ius illis quæsitum actu, sed habitu, idē Cancer. d. cap. num. 90. Præterea idem Cancer. fatetur d. cap. 7. num. 57. & nos ipsi illius opinionem in parte probamus supra quæstio. quarta quod moriente filio hæreditato sine filijs relicto hærede extraneo, præferendus est hæres patris hæredi filij, quia sapiant donationes huiusmodi vim vltimarum voluntatum, nec habent effectum nisi mortuis parentibus donatoribus quid prohibet, quin interim pater ante donationem in filio radicata possit filium grauare, vt cæteris suis restituat hæreditatem si sine liberis moriatur, alioquin possit filius donatarius etiam stantibus filijs patris donatoris, bona extraneis relinquere quod absurdum foret, & male audiret, quare â iustissima Nicol. Boer. opinione, qui eruditissimus recedendum non est, nec Senatus noster aliter tuta conscientia sentire potest, & quā tenuimus supra q. 3. ad finem, vbi Cele. Hugo. citauimus.*

21 Ni obstarà si se dixere, que don Iuan Antonio dexò hijos, con q̃ procede con llaneza, segun las mesmas doctrinas en que nos fundamos, que transmitiò su derecho a sus hijos, y que don Francisco de Guzman por cabeça de los predefuntos, pretende bien auer sucedido en el mismo derecho.

22 Porque se responde, que aunque don Iuan Antonio transmitiò a sus hijos aquella esperança incierta, y dudosa de suceder en los dichos 20U. ducados si previuiera a sus padres, es fuerça que fuesse con las mesmas calidades y condiciones que el lo tenia de auer de sobreviuir a Loreço de Castro, y su muger, sus abuelos paternos: regulare quippe est, quod transmisio fit in hæredem cum eadem qualitate qua ius trasmissum est penes transmittentem, *l. si quis filium, §. 1. ff. de adq. hæredit.* glos. singularis, *in l. sed et si pro dote, §. fin. verbo, abintestato, ff. de leg. præstandis,* Cancerius, *lib. 3. vari. cap. 21. nu. 147.* y pues premurieron no se puede negar, quod defecta est conditio, & ad nihilum redactum el derecho de los nietos muertos, *l. si ita sit scriptum. 45. §. si sub conditione, ff. de legatis. 2. l. qui hæredi. 44. §. fin. ff. de*

condit.

condit. & demonstr. l. pecuniam. 36. ff. si certum petatur, l. cedere diem, 213. ff. de verb. signific. y consolidado en el nieto que oy viue, para q si sobreviuiesse a sus abuelos paternos, aya y lleue para si todo el vtil de la dicha capitulacion, y nada el dicho don Francisco de Guzman su abuelo materno, que en esta materia, sin embargo de ser tan grande el parentesco, omnino extraneus est, cum extranei appellatione intelligatur quicumque non sit de descendentibus testatoris, licet sit ei sanguine coniunctus, *l. vnica, § extraneum, C. de rei vxor. actione, § extranei, Instit. de hæred. quali. & diff.* y faltandole la calidad de descẽdiente de Lorẽço de Castro y su muger, no puede auer lugar la trãsmision q̃ pretende, porque regularmente se deniega, nisi persona, in quam facienda est transmisio, habeat easdẽ qualitates, quas transmittens, ita Ruinus, *cons. 39. ad fin. vol. 3.* Molino, *de ritu nupt. lib. 3. q. 25. num. 50.* quod admittit Cancerius, *d. cap. 21. num. 153.* si ita coniici posit ex mente statuti, vel disponentis: y es muy conforme a derecho el temperamento de Cancerio, porq esto que es transmitir a los herederos, maxima ex parte dependet ex voluntate disponentium, latè Molino, *vbi proximè, quæst. 25. num. 22.* de tal modo, que si ay presumpciones de que quisieron se trãsmitiesse lo que no es transmisible, ex legis dispositione se transmite, y lo que es trasmisible à iure, no se transmite, si consta de cõtraria voluntad, ex Molino, *d. q. 25. num. 27.* y esta voluntad no es necessario que sea expressa, porque basta quod eliciatur ex præsumptionibus, & coniecturis, vt multis relatis affirmant Cancerius, *d. c. 21. n. 102.* Molin. *d. q. 25. n. 24.*

23 Veamos pues, si en el caso presente, dado que fuesse transmisible a los herederos extraños el derecho de los nietos, ay presumpcion, o conjectura que excluya la transmision, vt totum ius capitulationis remaneat apud nepotem viuum, juzgo que la tenemos bien clara en la decision de Papiniano, *in l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, C. de fideicom.* quam procedere etiam in donationibus factis inter viuos: multis laudatis affirmat Fussarius, *de subst. q. 393. num. 50.* no es precisso el presumir que Lorenço de Castro y su muger tuuieron intencion y voluntad, y aun los demas contrayentes, scilicet, su hijo y nuera, de que si llegasse el caso de morir algunos de los nietos antes que sus abuelos paternos, y se dudasse de la transmision de el derecho desta capitulacion matrimonial a los herederos estraños en perjuyzio de el nieto viuo, potius denegaretur transmisio, que quitar a el nieto viuo el gozar insolidum del vtil y aprouechamiento de la dicha capitulacion? Conjectura fue de muchos, a quien refiere y sigue Cancerio, *d. cap. 21. num. 102.* refutando a Berengario, parum sibi constans sic ait:

Cuius

Cuius dictum in præiuditium descendentium donatoris verum non puto; quod censeatur esse contra intentionem donantis, tum per notata in l. cum acutissimi. C. de fideicom. & in l. cum auus. ff. de condit. & demonst. tum per notata per Peregrinum, de fideicom. art. 50. num. 20. & Aluar. Valasc. consult. 122. in fine, lib. 2.

34 Molino, *d. lib. 3. quæst. 10. num. 27.* cuius verba quia satis ad rem præsentem referre non pigebit, sic enim ait Molinus: *Quoad pertinet ad institutũ nostræ quæstionis, & tractatus, scilicet, donationes huiusmodi priuilegiatas de quota hæreditatis, vel tota hæreditate, quæ fiunt contemplatione matrimonij, vt plurimum ex duabus, vel tribus causis cõtingere, vt dixi quæst. 2. & 3. vel quia vxor viro nobilior est, aut ditior marito, vel forsan senex vir, & vxor iuuenis, & formosa; quibus in casibus student parentes filiarum huiusmodi pacta iniri, vel donationes extorquere, non filiorum tantum nubentium gratia, sed & nepotum, & descendentium, vt nobilis, vel diuitis coniugis filij bona possideant, quibus destitui non possint, vt sic honorifice viuere magis, & matris, vel diuitis, aut nobilitatem substinere possint.*

35 Y si esta presumpcion exclusiua de la transmissiõ no se admite, serà fuerça admitir el absurdo, de que huyeron los textos, scilicet, quod videantur alienam posteritatem suæ anteponere, siendo assi, que para excluyr la transmission in dubio sufficit, q̃ de admitirla se siga el preferirse el menos amado a el mas amado, vt habetur *decis. 782. Rotæ Romanæ, n. 16. in nouis, p. 1.* y q̃ los nietos tengan por si la presumpcion de mas amados, aun en competẽcia de los hijos es indubitable, cũ propriũ sit amoris descendere ardentius in nepotẽs, & descendentes, *l. liberorum. ff. de verb. sig.* latè Surd. *decis. 36. n. 6.* Molino, *de ritu nup. lib. 3. quæst. 35. num. 14.* y cõ este fundamento resoluiò idem Molinus, *lib. 3. quæst. 25. num. 23.* la duda que ay inter iuris interpretes, vtrùm, scilicèt, ius transmissionis sit fauorabile, vel odiosum, & mirificè loquitur, dum sic ait: *Ego autem in hac controuersia solitus sum contrarias huiusmodi opiniones sic consiliare; vel enim agitur de transmissione, quæ fit ad descendentes, aut de transmissione in extraneos: priori casu transmissionis ius fauorabile dici debet, cum potissimè transmissio inducta sit, ne quisquam debito iure naturæ fraudetur, vt dixit Salicet. in l. 1. num. 6. C. ad l. Iuliam, de adult. Calca. cons. 82. num. 4. Alex. Raud. cons. 2. num. 74. lib. 1. & cons. 21. n. 74. li. 1. tum quia in hac specie ab vtraq; parte, tam disponentis, qui descẽdentes suos diligere præsumitur, vt modo dixi in decima extensione, quam ex parte descendentium; quibus antecessorum debetur hæreditas l. nam et si parentibus, cum simi. de inof. testa. fauor versatur, in secundo casu, vbi de transmissione ad extraneos ageretur, fauoris ratio cessat; proinde restringenda tunc transmissio, quasi odium cõtineat.* Y sino, diganos el menos cuydadoso de el bien de sus hijos, y descendientes, què respondiera si entonces le propusieran el caso en los terminos què

oy nos hallamos, y le preguntaran, que queria se hiziesse si llegasse a suceder assi? Non credam, nisi videam, que dexara de paccionar, que premuriendo algunos de los nietos no pudiesse passar a su heredero estraño esse derecho, sino que se consolidasse en el nieto viuo, por no padecer el dolor de ver su hazienda en poder de vn estraño, y a su hijo, o nieto sin ella, y que el fruto de sus trabajos en adquirirlo aya de ser para vn estraño en cõcurso de su posteridad, despues de la perdida del hijo, y nietos que premurieron, forte quippè est argumentum in iure, ab eo quod si testatores, vel contrahentes interrogati fuissent, verosimile est respõdissent, ex gloss. celebri *in. l. tale pactum. §. fi.* vbi omnes. *ff. de pactis*, & consequenter casus omissus pro expresso haberi debet, ex latê congestis per Tiraquel. *in. l. si vnquam, verbo, donatione, num.* 56. Surd. *d. decis.* 73. *nu.* 8. Molino. *d. q.* 35 *num.* 15.

26 Sed quid plura? Supuesto que todos los Interpretes del Derecho, de quien nos hemos valido para apoyo de este discurso, enseñan por llano, que ni los descendientes de los hijos en cuyo favor se hazen semejantes capitulaciones matrimoniales, transmitẽ este derecho a los estraños: ita Berengarius, quem refert & sequitur Cancerius. *d. cap.* 7. *num.* 87. ibi: *Et sic effectum non habent, nisi filij, aut ex eis descendentes parentibus superuiuant*, Molinus, *d. lib.* 3. *quæst.* 4. *num.* 11. ibi: *Quod si transmissio non fit nisi ad filios, non ad extraneos; id generale est in omnibus donationibus, quæ à parentibus fiunt filijs, & eorum filijs, vt ad extraneos fieri transmissio non possit, quinimo deficientibus donatæ res ad donantem reuertuntur, sicuti ex communi resoluit Lanarius. d. cons.* 89. *num.* 8.

27 Y es de advertir, que van hablando estos Autores de los heredamentos de Cataluña, quæ donationem inter viuos importãt, teste Cancerio, *lib.* 1. *vari. cap.* 8. *num.* 87. *& lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 122. *&* 123. Molino, *de ritu nup. lib.* 3. *quæst.* 2. *nu.* 71. Calidad, que negamos concurrir en nuestro caso, porque como dexamos fundado, lo que paccionaron Lorenço de Castro y su muger con don Iuan Antonio y su nuera, no fue donacion entre viuos, nec de hoc verbum vllum, quod donationem inter viuos importet, inuenitur in capitulatione matrimoniali, sed meram taxationem legitimarũ, quas habiturus erat post mortem parentum.

28 Reliquum est satisfaciamus a la objeccion que se nos haze de auerse hecho la dicha assignacion de 20∥. ducados per contractũ, ex quo contendunt aduersarij, que aunque su efecto estè diferido in tempus mortis, y sea condicional, es transmissible a los herederos, porque en esto se diferencian los contratos de las vltimas voluntades, que lo que se deue ex contractu, etiam sub conditione, transmittitur ad hæredes etiam extraneos, ex text. *in. §. ex conditionali*,

nali, Insti. de verb. obligationibus, debitum autem ex testamento, vel alia qualibet vltima voluntate sub conditione, nõ transmittitur, *l. vnica. §. sinautem aliquid sub conditione. C. de caducis tollendis.* Primò igitur respondetur, que como dexamos fundado à num. vsque num. aunq̃ se hizo por contrato la dicha asignacion de 20∥. ducados; fue especie de vltima voluntad, & eius vim, & naturam sapit; ac per consequens no viene en consideració el auerse hecho por contrato, porque se deue atender a su primer origen y naturaleza, de que tenemos euidente prueba *in leg. 1. §. si sub conditione. ff. vt legat. nomi. caue*: en cuya especie lo dexado in vltima voluntate, se deduxo a contrato: y sin embargo resuelue el Consulto, que por auer sido manda condicional, y muerto el stipulador antes de cũplirse la condicion, no transmitiò a sus herederos el derecho adquirido por el dicho contrato, porque se debiò gobernar por las reglas de su primer origen y naturaleza de vltima volũtad, segun las quales de lo condicional no se dà transmision a los herederos de qualquier calidad que sean: latè & per doctè Ant. Pichard. *in d. § ex conditionali, num.* 13. rectè igitur contendimus, que no obsta el auerse reduzido a contrato la asignacion de legitimas del dicho don Iuan Antonio para que no deua transmitirse a los herederos, pues su primera y original naturaleza es de relicto in vltima voluntate.

29 Lo segundo se responde, que la regla desumpta *ex. d. § ex conditionali*, scilicet, quod debitum ex contractu etiam conditionali pendente conditione se transmite a los herederos, se limita quãdo la condicion adimplenda est in persona stipulatoris, docent Ioan. Faber, *in. d. §. ex conditionali, num.* 2. ibid. Angelus Cumanus, *in. l. si decem cum petiero. ff. de verborum oblig.* vbi Alexand. *num.* 4. Ias. *num.* 12. Aluar. Valasc. *consultat.* 122. *num.* 14. Fontanella, *d. glos.* 24. *n.* 30.

30 Et probatur aperte ex celebri specie textus, *in. l. quod de pariter, ff. de rebus dubijs*, donde nos propone el Consulto vna madre q̃ dotô a su hija, con calidad y condicion, que si muriera la hija constante el matrimonio, se le auia de bolver, y restituyr la dote que le daua: y auiendo sucedido, que ambas madre y hija muriero a vn mismo tiempo, sin saberse qual de las dos muriò primero, resuelue, q̃ por presumirse en duda, que la madre murio primero, no tienẽ sus herederos derecho alguno a la dote que auia lleuado la hija: y la razon es, segũ la glossa, *in. d. l. quod de pariter, verbo, stipulata esset, & in. l. qui duos. §. penult. verbo, locum habebit. ff. eod. tit.* & Bart. *in. d. leg. quod de pariter*, Fontanell. *de pactis nupt. claus.* 4. *glos.* 24. *â num.* 35. que en aquel contrato dotal auia auido condició expressa, de que el bolver la dote a la madre auia de ser sobreviuiendo a la hija: y segun

Paulo de Castro, *in d. l. quod depariter n. 2.* Soci. iun. *in d. l. ea & mihi ff. de rebus dubijs, num. 1.* Couarr. *variarum, lib. 2. cap. 7. nu. 8.* Menoch. *de præsumpt. l. 6. præsumpt. 50. num. 17.* Barbos. *in l. Gaius. 46. num. 16. ff. soluto matrim.* que impugnan el entendimiento de Bartulo a este texto por diuinatorio: porque aunque la condicion de sobreviuencia no fue expressa, afirman que fue tacita, & subintellecta à iure: porque dizẽ que el stipular la madre el bolver asi la dote, en caso que su hija muriesse, se debe entender aunque no se expresse si sobreviuiesse la madre a la hija, sed non ex converso, præmoriente matre; mas para nuestro proposito qualquiera de estas dos inteligencias concluye, que la stipulacion fue condicional, conviene a saber, de sobreviuencia de la madre; y sin embargo de ser por cõtrato, no lo transmitiò a sus herederos; porque la condicion de superviuencia posita erat in persona matris stipulãtis, & in eadem persona adimplenda erat: y luego que murio, dexãdo viua la hija, defecta fuit conditio, y resuelto su derecho, sin q̃ le quedasse que transmitir a sus herederos, vt ratiocinatur Fontanell. *d. nu. 30.* ibi: *Id vt clariùs, & perfectiùs percipias aduerte, quod dispositio d. §. ex conditionali inter alias limitationes, quas recipit vna est, vt non habeat locum quando conditio apponitur in persona stipulatoris, tunc enim cum conditio deficiat per mortem ipsius contingentem ante mortem alterius, non restat aliquod ius conditionale, quod ad hæredes transmittatur: & sic non habet locum dispositio prædicta, quæ transmissionem concedit, loquitur enim in alijs conditionibus extrinsecis, non residentibus in persona stipulatoris; quæ non deficiunt per illius mortem, sed adhùc pendent veluti si nauis ex Asia venerit, vel alias non verò in his, quæ resident in eius persona, & per eius mortem deficiunt veluti si superuixeris si ab hostibus captus fueris, & similes.* Sic similiter, en nuestro caso el derecho que adquiriò Don Iuan Antonio, y sus hijos, y descendientes por la dicha capitulacion matrimonial, fue debaxo de condicion adimplenda en sus mesmas personas, scilicet, de sobreviuir a sus padres, y abuelos, como dexamos probado: y siendo como fue el dicho don Iuan por si, y por sus hijos stipulador, nos hallamos en los terminos del Consulto *in d. l. quod depariter*: y como en ella, por aver sido la condicion adimplenda in persona matris (aunque fue por contrato) no transmitiò a sus herederos; assi en nuestro caso, por auerse de cumplir la condicion in persona stipulatoris, & eius descendentium respectiuamente, no transmitieron a sus herederos estraños derecho alguno, quamsumvis se considere auer sido contrato, y no vltima voluntad.

32 Tertium pro nobis præstat responsum *Menochi. cons. 388. n. fin.* ibi:

ibi: *Respondetur tertio, quod illis casibus, in quibus locus est transmissioni, intelligitur illa permissa ad fauorem liberorum transmittentis, non autem hæredum extraneorum: ita respondet Corneus, cons. 180. col. 2. in fine, lib. 4. quẽ secutus est Iacob. Niger, in l. 1. num. 63. de leg. 1. Cum ergo nostro in casu hæres iste donatarij sit (vt in facto præsupponitur) extraneus sequitur, dicendum non esse locum ipsi transmissioni.* Quibus absoluitur primum fundamentum.

Secundum Fundamentum.

32 POnderamos por segundo fundaméto de la justicia de Loréço de Castro y su muger en este articulo, que la promessa y assignacion que hizieron a don Iuan Antonio su hijo de 20ʒ ducados, no fue absoluta y pura donacion, sino in rationem legitimarum, que auia de auer y heredar por fin y muerte de los dichos sus padres, vt patet in prima capitulatione matrimoniali, ibi: *Los quales le prometemos, y mandamos a quenta de las herencias y legitimas, que de nos, y de cada vno de nos le perteneciere en fin de los largos dias de nuestras vidas.* Et ibi: *Y si los dichos 20ʒ. ducados no cupieren en las dichas legitimas que de nos le pertenecieren, &c.* Y esta promessa y assignacion ya se ve que tiene por presupuesto el auer de llegar el caso de deuersele las legitimas, y deferirsele las herencias, y no verificandose este presupuesto, no puede auer lugar la dicha obligacion y seguro que hizieron Lorenço de Castro y su muger, de que las dichas legitimas y herencias valdrian los dichos 20ʒ. ducados: porque quando vno se dispone, y otro se presupone, no tiene lugar lo dispuesto, no verificandose el presupuesto, vt post glossam celebrem, *in leg. mancipia, verb. aduocandum, C. de seruis fugiti.* tradunt Decius, *in l. 1. num. 14. C. de edendo,* Felinus, *in cap. nonnulli, num. 34. de rescript.* Tuschus, *lit. P conclus. 636. à num. 1.* Surd. *decis. 122. n. 14. & cons. 150. num. 78.* señor D. Iuan del Castillo, *tom. 5. cap. 83. à num. 5.* Y primero que se trate de quanto ha de auer el hijo por su legitima (que es calidad accidental) se ha de verificar la sustancia: nempè, quod debeatur legitima, quia non entis nullę sunt qualitates, *l. eius, qui in prouincia. §. quod si stipulatio. ff. certum pet. l. si seruum mihi. §. 1. ff. de act. empti,* ni la calidad accidental puede estar sine subiecto, *l. nec vllam. §. si absentis. ff. de petit. hæredit. l. Pomponius. §. fi. ff. de adq. hæredit.* Y como agudamẽte considerò Bald, *in l. 2. ff. de bonorum poss. secun. tab. & in l. omnium. C. de testamentis,* no se puede conocer el accidente sino se conoce primero el sugeto y sustancia, quam præsupponit omnis dispositio teste Menoch. *cons. 66. num. 5. & cons. 75. num. 100.* y toda disposició se entiende dados terminos habiles, *l. quod testamentum, ff. de testam. l. cum Archimedorum, C. vt in posses. legat. cap. causam, quæ de elect.* Decius

in.l.1.C.vnde legitimi, & in.l.pactum, C.de collation. Decianus, *conf.55. num.12.lib.1.*

33 Y que en el caso presente no se verifique, ni pueda verificarse el dicho presupuesto (conviene a saber) deberselc a don Iuan Antonio legitimas en los bienes de sus padres, y el deferirsele las herencias, plusquam certum est, porque viuiendo sus padres, no podia ni pretender legitima, ni deferirsele las herẽcias; y aunque sus padres pudieron otorgar en su favor la dicha obligacion, de que avria y heredaria de sus bienes los dichos 20ꝑ. ducados por via de legitimas, y de mejora de tercio y quinto, esta obligacion habuit imbibitam conditionem, conviene a saber, si sobreviuiesse a sus padres, que es la calidad, que se requiere precisamente, vt legitima, vel hæreditas parentum deferatur, & debita sit filijs, *l.1.§.si impuberi, ff.de collatione bonorum*, docet multis relatis señor D. Iuan del Castillo, *de vsufruct.c.64.num.11.* Surd. *de alim. tit.8. priuileg.26. num.1.* Paschalius, *de viribus patriæ potest.cap.4.num.20.* Robles, *de repræsent.c.16.lib.2.num.81.* y no verificada esta condicion, antes certificado, que no puede llegar el caso de cumplirse, por auer premuerto el dicho don Iuan Antonio, lo contratado y capitulado en razon de los dichos 20ꝑ. ducados quedò resuelto, como si desde su principio no se huuiera capitulado; conditione namque deficiẽte deficit ipso iure omnis dispositio, tam inter viuos, quàm in vltima voluntate, nec relictum, aut promissum debetur, *l.alterius.l.qui hæredi.9.fin. ff.de condit. & dem.* & tradũt DD. communiter *in.l.si rem. §.omnis.ff.de pig. actio.* Galganetus, *de condit. part.1. quæst.7. num.20.* porque se tiene por no hecha *l.si quis ita hæres.ff.de condit. instit.l.pecuniam.ff.si certum pet.* Galganetus *d.num.20.* Casanate, *conf.2. n.28.* latè D. Castellus, *dict.cap.119. à num.5.* quinimò datum sub vna conditione censetur ademptum sub contraria conditione *l.si legatum purè.10.ff.de adimendis leg.l.aliquando.19.ff.de condit. & demonst. l.quod purè.6.ff.quando dies legati cedat.*

34 Y esta distincion entre donatum simpliciter, vel pro legitima agnouit Paulus de Castro, *in.l.in ratione.30.in prin.ff.ad leg.falcid.* ibi *Breuiter: si filius fecisset patri fidem, & promissionem de nõ petẽdo plus cum iuramẽto, puto verum, quod ipsi dicunt alias videtur quod possit plus petere, si patrimoniũ est auctum: & èconuerso possit repeti, quatenus vltra habuit, si assignatio fuit facta pro legitima, non iure donationis; quia videtur collata in tempus mortis, & sic pro eo quod tempore mortis debebit, ad hoc de bonis libs l.si vero.§.si seruo, ver. cæterum,* ibi: *Quia potest dicere sperasse:* in quibus verbis, bien claro siente Paulo de Castro que ay diferẽcia inter assignationem *iure donationis*, & assignationem *pro legitima*. Y en este segundo caso resuelue, que tiene tanta dependencia de el tiempo

tiempo de la muerte (por ser entonces quãdo se deue la legitima, y no antes) que si pareciere auer dadole por legitima a el hijo mas de aquello que le pertenece, a el tiempo de la muerte puede repetirse la demasia, & habet iuri consonantẽ rationem, scilicet, quod solutum ob conditionalem obligationem habet tacitam conditionem, scilicet, si conditio obligationis veniat, & purificetur *l. si sticum. §. 1. l. quoties. 14. §. 2. ff. de nouat. l. sub conditione. 16. ff. de solution.* y la mesma distincion hizo Berengario, *in. d. l. in quartam, præfat. 1. ff. ad leg. falci. num. 8.* dunc sic ait: *Ex hac cõclusione elici possunt sequẽtia. Primum, quod liberi qui moriuntur ante eum, de cuius bonis agitur, legitimam non habent, minusque eam transmittere possunt: nec debent hi (licet vulgus aliter arbitretur) in numero liberorum computari: perinde, atque si nunquam nati fuissent, etiam si eis tempore testamenti existentibus aliquid relictum fuisset, illud enim quasi caducum in patrimonio remaneret. Sed difficultas esse potest, an relictum vni ex filijs pro legitima qui patri præmoritur, sit hæredis? an coniuncto debeatur, aut substituto si eiusmodi personæ reperiantur? Puto neque hæredi, neque cuiuis alteri eam portionem adscribendam, sed reliquis filijs pro eorum numero ex omni patrimonio legitimam esse dandam: & ita quod si filius ille præmortuus sit commodum illud fratribus affert, quod pautiores sint inter quos legitima sit distribuenda: & ille filius sic defunctus partem non faciet. Si verò species aliqua relinqueretur simpliciter, non pro legitima substitutus eius, aut coniunctus huiusmodi quasi caducam lucraretur. l. vni. §. pro secundo. C. de cad. toll.* sequitur satis apertè Cancerius, *lib. 1. variarum, cap. 3. num.* 23. ibi: *Dixi siquidem non fuisse iùs quæsitum irreuocabiliter filijs ex dicta assignatione legitimæ facta, sed tantûm reuocabiliter ad voluntatem matris, cûm non fuisset facta dicta assignatio legitimæ iure donationis, sed relatiuè ad tempus mortis, ad instar supremi iudicij pro eo quod tempore mortis pro legitima eis deberetur, & c. l. fi. C. familiæ hercis.*

35 Este discurso se comprueba bien con lo que discurren y resuelnen los Doctores acerca de las renunciaciones que de sus legitimas, o herencias hazen los hijos en vida de sus padres en fauor de ellos mesmos, ò de otros terceros, porque asientan por llano que semejantes renunciaciones quanto quier se hagan, con todos los requisitos de derecho necessarios para su validacion, y aunque en ellas no se diga expressamente, continent tacitam conditionẽ, scilicet, si legitima, vel hæreditas deferatur renuntianti, Bart. *in l. qui superstitis. ff. de ad. hæred.* ibid. Paul. de Castro, *num. 3.* Imola, *n. 1.* idem Paulus, *in l. pactum dotali, num. 7. C. de collat.* & ibi Alex. *num. 7.* Decius, *num. 18* Roland. *cons. 11. num. 2. & 5. volu. 1.* Suarez, *in l. quoniam in prioribus, in declaratione ad l. Regni, limitat. 4. num. 5.* & ibi additionator Valdes, *num. 7.* Surdus, *cons. 85. num. 33. & cons. 133. num. 18. 25. & 26.* Cancerius, *tom. 3. cap. 15. num. 49.* Pater Sanchez, *in Summa,*

lib.7.cap.6.num.1. Ant. Fabr. *in. C. lib. 2. tit. 3. diff. 15.* Molino, *de pactis nup. lib. 3. quæst. 84. num. 10.* Merlino *de legitima. lib. 1. tit. 2. quæst. 11. num. 8.* & passim communiter DD. Lo qual no puede suceder, ni verificarse si no es sobreviuiendo el renunciante a aquel cuya herencia renuncia, quia viuentis nulla est hæreditas, seu legitima, *l. 1. ff. de hæredi. vel act. vendit.* & bi glos. *l. 2. ff. de vulg. d. l. qui superstitis, ff. de adq.* nec potest deferri viuenti, nisi mortuo eo de cuius hæreditate agitur. *l. qui hæreditatem. 19. ff. de adq. hæredit.* iuncta *l. delata ff. de verb. signi.* y como en estos terminos el renunciãte de sus legitimas premuriendo, no transmite en su renunciatario derecho alguno para cobrarlas, ex eo quod defecta fuit conditio superviuentiæ, nec verificari potest presuppositum illud, scilicet, quod renuntiãti delata sit, & debita legitima, siue hæreditas; sic similiter, en nuestro caso el hijo a quien se prometiò y asegurò por sus padres, que sus legitimas, y herencias paterna y materna montarian 20U. ducados, no transmitiò a sus herederos el derecho de cobrar las dichas legitimas y herencias, porque con su muerte, defecta est conditio superviuentiæ, y està certificado que no puede llegar el caso de deuersele las legitimas, y deferirsele las herencias, pues quien assegura legitima y herencia en cantidad cierta, presupone el auer legitima deuida, y herencia deferida.

36 Y aunque se podrà dezir, que el derecho y accion de las dichas capitulaciones matrimoniales quedò en los hijos que de el mesmo matrimonio dexò el dicho don Iuan Antonio, es fuerça que fuesse con la mesma calidad y condicion de sobreviuir a los dichos Lorenço de Castro y su muger, que es lo mas que se puede confessar, por ser los nietos capazes de auer legitima en los bienes de sus abuelos, y tambiẽ mejora de tercio y quinto; mas que estos nietos premuriendo sin dexar descendientes transmitan el derecho condicional a sus hereceros estraños, y no capazes de auer legitima, o mejora en los bienes de Lorenço de Castro y su muger, id est, quod enixè negamus, & à iure prorsus alienum est, ex latè congestis à Merlino, *de legitima. lib. 5. tit. 3. quæst. 7. nu. 25.* Thesauro, *lib. 3. for. quæst. 77.* & dicemus latiùs in tertio fundamento.

37 Y este discurso abraçò el doctissimo Fontanella, *clau. 4. gloss. 9. part. 5. num. 64.* dunc sic ait: *Et licet mihi opponatur de maxima differẽtia quæ videtur esse inter iura conditionalia ex contractu, & iura cõditionalia ex vltimis voluntatibus cum illa sint multo his firmiora, tum per ea, quæ Doctores notãt in. l. quoties. C. de donat. quæ sub modo, &c. tum etiam, quia conditionalia iura ex contractu transmittuntur ad hæredes, ad. § ex conditionali Iustit. de verborum obligationibus; non sic quæ ex vltimis voluntatibus ad l. vnicam. § sin autem sub conditione. C. de cadu. tollend. Vnde videbatur non*

posse

 412

posse in his vltimis voluntatibus ad contractus argumentari, nihilominus (præsuppositis his quæ superius de nostris hæreditamentis, ac eorum vi, & natura diximus) quicquid in alijs contractibus conditionalibus, eorumque casibus sit, ego inter iura quæ filius ex nostris hæreditamentis, & ea quæ ex dispositionibus conditionalibus inter vltimas voluntates, quibuscumque vocatis quæruntur, nullã reperire queo differentiã, & discriminis rationem sicut enim ius illud, quod ex dispositione conditionali, quæ fit inter vltimas voluntates quæritur vocato, ius quoddam dicitur in spe cõsistens aptum habere se ad esse, & non esse, si ipse vocatus vocanti superviuat, vel non, absque aliqua spe trãsmissionis: sic ius istud, quod filijs quæritur ex hæreditamento eidem incertitudini subiacet, ita vt pendeat similiter à futuro euentu, nempè si superuixerint filij parentibus, vel non, absque aliqua etiam spe transmissionis, nisi cuiusdam incertæ, & vagæ, si filij hæreditati decedentes ante patrem relinquissent filios qualitatis pacto comprehensæ.

38 Los Autores de estos Reynos tocan la question en los terminos de mejora de tercio y quinto hecha por causa onerosa de matrimonio in tempus mortis: y aunque Tello Fernandez en la *ley.22, de Toro*, impugnando a Palacio Rubio, es de opinion que el derecho de auer y cobrar la mejora de tercio y quinto hecha a el hijo por causa onerosa de matrimonio, lo transmite a sus herederos estraños, etiam si præmoriatur parenti melioranti, vel meliorationem promittenti in tempus mortis suę; comunmente es reprobado, porque el estraño no es capaz de mejora de tercio y quinto, y en qualquiera materia se suponen los terminos habiles, y para q̃ el heredero de el hijo mejorado suceda en esse derecho, es necessario que sea capaz de mejora, & ita vnanimi consensu tradiderũt Palacius, & Matienço, quos refert & sequitur el señor don Iuã del Castillo *tom.5. cap.62. num.40. in fine*, Molino *lib.3. de ritu nup. quæst. 13. num.7.* 6

39 Y de lo que resuelven estos autores in melioratione, arguméto yo para el caso presente, porque fuera de que tambien en el huvo mejora de tercio y quinto para quando muriessen los padres mejorantes, en terminos de mera promessa de legitima procede la mesma razon que en la mejora, porque como los estraños no son capazes de mejora en perjuyzio de los hijos, no lo son de legitima, tanto que aunque el padre se obligue de pagar a el hijo la legitima, aunque premuera, y la dexe a vn estraño, si tiene otros hijos, y aquel premuere a el padre, dexando heredero estraño, no puede ex promisione illa extraneus agere, vt sibi legitima filij prædefuncti solvatur, porque los demas hijos diràn, que de tal modo se les deuiò la herencia y sucesion legitima de su padre, que ningũ estraño puede entrar a hazer parte con ellas, ex persona fratris

F præ-

prædefuncti, cui nunquam debita, seu delata fuit hæreditas, aut legitima; y que en esto no pudo obrar cosa alguna la voluntad y consentimiento de su padre, por ser derecho que les dà la ley independiente de la voluntad de el padre, *l. si vnus. 17. §. pacta quæ turpem causam, versi. ante omnia ff. de pactis: l. non debet. 74. ff. de reg. iuris. l. coheredibus. 17. C. fami. erciscundæ.*

40 Nec negotium facessit la opinion de Molino *de ritu nuptiarum lib. 3. q. 13.* donde impugnando a Berengario, defiende que se trasmite a los herederos aunque sean estraños, porque va hablando en caso de donacion pura y perfecta, & statim debita non spectata morte, vt patet *num. 4.* ibi: *Non etiam oberit secunda ratio de caducitate donationis, quoniam in proposito nostro considerari non potest, vt quia filio statim ius quæsitum sit in vita donatoris irreuocabiliter nulla illius morte spectata.*

41 Y nuestros terminos son muy distinctos, porque la promessa y assignacion que hizieron Lorenço de Castro y su muger fue contemplatione legitimæ vtriusque, y para el tiempo de la muerte de ambos; y si los herederos a el tiempo de llegar el caso de la sucession son de tal calidad, que no son capazes de auer y cobrar legitima, no pueden pretender auerseles transmitido el derecho de cobrar aquello que se prometiò y mandò in rationem legitimæ, & eius contemplatione, y esto lo sintiò assi el mesmo Molino en el lugar citado, llegando a resolver la mesma question en terminos de promessa de mejora de tercio y quinto por capitulacion matrimonial, y dize que si el heredero estraño segun nuestras leyes es capaz de ser mejorado, procederà la opinion de Tello Fernandez, pero sino es capaz totum contrarium Molinus affirmat *num. 7.* ibi: *Et quidem vis huius quæstionis tota à legibus illius Regni pendet, quoniam si extraneus capax est meliorationis, proculdubio Telli opinio verior est, si incapax secus.*

42 Rursus esta missma distinccion auia hecho antes idem Molino *q. 4. eod. lib. 3.* resoluiendo que los bienes entregados a el hijo si muere en vida de su padre, los transmite a sus herederos etiam extraneos; pero que si no se le auian entregado, no se transmiten a el heredero estraño: audi verba Molini *num. 12.* qui satis aperte nostram resolutionem amplectitur, dunc sic ait: *Vt autem propositam quæstionem rectè resoluam quis ex duobus hæredibus præferendus sit, nec ne, distinctionem sequentem instituo: vel enim parentes cum filius vxorem duxit de rebus hæreditatis tradiderunt filio res aliquas ad sustinenda onera matrimonij, sicuti solet fieri, aut nõ: priori casu facta traditione si post moritur filius hærede filio relicto præferẽdus hæres nepos hæredi extraneo à patre relicto, quoniã in rebus donatis in capitulis matrimonialibus, & traditis filius habet hæredẽ filiũ, vel descendentes: sic authoritate Guid. Bertran. & aliorũ respondit pulchrè*

pulchrè Io: Philip. in eisdem terminis donationis factæ in capitulis matrimonialibus, respons. 24. à num. 20. cum sequentibus, aut relinquit filius hæredem extraneum superuiuēte patre facta traditione rerū hæreditatis: & in eo casu præferendus hæres extraneus patris hæredi filij, quia cū ex natura ipsius donationis tacitè insit, vt facta filio, & filijs ad extraneos transire nequeat; vt ex traditione Lanarij dixi supra ad hæredem extraneum ius nullum potuit transire, arg. l. nemo plus iuris, de reg. iur. sic rectè sensit in hoc casu Cancer. post Bereng. supra, aut nulla facta traditio fuit, & idem censendum, vt præferatur hæres patris: quoniam cum ius hæreditamenti radicatum non fuerit adhuc in personam filij, quæ prædecessit patri donanti, minus multo qui nullum habuit ius alium rectè instituere potuit hæredem, sic etiam & in hac specie rectè sentiunt Bereng. & Cancer. Y en el *num.* 11. antecedente llanamente cōfiessa, que en semejantes donaciones no se dà transmission a los estraños, ibi: *Quod si transmissio non fit nisi ad filios, non ad extraneos, id generale est in omnibus donationibus, quæ à parentibus fiunt filijs, & eorum filijs, vt ad extraneos fieri transmissio non potuit; quinimo deficientibus donatæ res ad donantem reuertuntur, sicuti ex communi resoluit Lanarius. d. cons. 89. num.* 8. Ex quibus, ò se ha de cōfessar que tenemos por nuestra opinion a Molino, ò que no tuvo constancia en sus opiniones, & exinde vile pendendam fore eius opinionem nō verebor affirmare: quibus absoluitur secundum fundamentum.

Tertium Fundamentum.

43 POR Tercero fundamento ponderamos, arguyendo ab absurdo vitando, que si a el tiempo y quando mueră los dichos Lorenço de Castro y su muger sobreviuieren la hija que oy tienen, y el nieto que les ha quedado del dicho don Iuan Antonio su hijo; el nieto no tendrâ obligacion de imputar en su legitima los siete mil y quinientos ducados, que se dieren y pagaren a el dicho don Francisco, en caso que consiga lo que oy pretēde: porque aunque ha padecido cōtroversia si los nietos deben traer a collacion las dotes, ò donaciones que sus padres recibieron de bienes de los abuelos, la resolucion mas cierta, juridica y recibida es, que muertos los padres antes que los abuelos, los nietos no tienē obligacion de traer a collacion, ni recibir en pago de sus legitimas lo que sus padres recibieron titulo dotis, vel donationis propter nuptias, sino es la cantidad que de ello huviere venido a poder de el mismo nieto, aunque sea por titulo hereditario, vt cum Bart. Alex. Curtio, & alijs, tradunt Thesaurus *decis.* 238. *num.* 4. & 6. Barbos. *in. l. post dotem.* 44. *num.* 51. *ff. solut. matri.* Anton. Gomez *in. l.* 22. *Tauri, num.* 10. Ant. Faber *lib.* 13. *coniectur. cap.* 10. & 11. Robles *de repræsent. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 103. 104. & 105. Angulo *in. l.* 9. *glos.* 3. *n.* 1. & 2. porque muerto el hijo en vida de su padre, nepotes ex eo subintrant locum, & gradum parentum. *l.* 1. *§. quibus. ff. de success. edicto.*

*dicto,l.1.§.si filius ff.de suis & legi.l.si quis posthumos.§.si filium.ff.de lib. & post.*cum vulgatis,& ex propria persona cum patruo succedunt auo,*l.si defunctus.9.C.de suis & legit.§.cum filius,Insiit.de hæred.quæ ab intest.*Bart.& alij,*in.l.qui superstitis ff.de adq.hæredit. & in Authentica post fratres.C.de suis & legit.*ideòque legitima debetur nepotibus ex communi Doctorum *in Authentica.nouissima.C.de inoff.test.* Robles *d.cap.16.nu.66.*lo qual procede legis beneficio.*l.Gallus.29.in principio ff.de liberis & posthu.§.posthumorum.3.Inst.de exhæred.lib.§.sui autem hæ edes.3.ve si.ita demum,& .§.cum filius.7.Inst.de hæredit.quæ abintest.defe.*

44 Ni obstarà si se dixere, que el abuelo pudo anticipar la paga de la legitima, que despues de su muerte auia de auer el hijo, y que si lo hizo, los nietos deben recibirla en cuenta de sus legitimas: porq si a el hijo se debe legitima, es para quando muera el padre viuiẽdo el hijo, y por no tener esto dia cierto no se puede dudar que es debito condicional, quia dies incertus pro conditione habetur, *l.dies incertus.75 ff.de condit.& demonstrat.l.talis.30.§.sed et si ff.de leg.1.*y si el padre antes de auer llegado el caso de deberse a el hijo la legitima, purè & absque conditione se la pagò, no pudo causar perjuyzio a los nietos, *leg.id quod nostrum.ff.de regulis iuris,* cum vulgatis, vt cum iuditio animaduertit Robles *dicto cap.16.nu.86.* ibi: *Cum igitur legitima ista viuen e patre non debeatur,sed post eius mortẽ,cuius dies incertus est,& ante quem filius mori potest,consequens fuit, vt pater ante eius mortem soluere securè non potuerit, & sibi impu:et anticipationis liberalitatem,quæ in nepotum præiuditium valere non potuit.*

45 Consequenter igitur, si los 7ɞ500. ducados que pretende el dicho don Francisco, se le pagan a el tiempo de la muerte de Lorẽço de Castro y su muger, no se puede negar, que como no entrados en poder de el padre, ni de el nieto, no tendià obligacion el nieto de traerlos a collacion y particion con su tia, hija y heredera de el dicho Lorenço de Castro, y serà fuerça darle su legitima entera; de que resultarà, que la linea de don Iuan Antonio su padre lleue dos legitimas: la vna, su hijo viuo, y la otra don Frãcisco de Guzman heredero estraño, que es absurdo en derecho, porque vn hijo y su linea en cõcurso de otro hermano y su linea no puede lleuar dos legitimas *l.inter filios.11.C.fami.hercis.l.vt liberis.17.l.illud.20.§.1.in fine.C.de collat.*Paulus de Castro *cõs.419 circa fin.lib.2.* Decius *cons.180.num.6.in fi.*Rubeus *cons.42.in fine,*Robles *d.c.16.num.43.*

46 Y por esta razon, aunque de vn hijo queden muchos descendiẽtes, y de otro vno solo, este lleua tanto como todos los descendientes de el otro, succedunt enim in stirpes, & non in capita, ex Saliceto *in Authentica nouissima, quæst.6.num.11.C.de inoffic.testam:* ibid.

ibid. Ias. *num.* 51. Paul. de Castro *cons.* 177. *lib.* 2. Costa *in tract. de port. ratæ. q.* 181. *num.* 4. & 5. Merlino *de legitima. lib.* 1. *tit.* 4. *q.* 2. *num.* 6. y dà la razō ibid. *num.* 9. scilicet, *ne plus habeant filij, quam parentes, quorum contemplatione succedunt.*

47 Y para euitar semejante absurdo se debe admitir toda interpretacion, e inteligencia que lo excluya, etiam verba impropriādo, etsi actus nullus reddatur, Surdus multis relatis *cons.* 85. *nu.* 27. & 28 Fussarius *de substitut. q.* 320. *num.* 45. de que tenemos buen exemplo en el caso del Consulto *in. l. Lucius, la segunda. ff. de heredib. instit.* vbi disiuncta in coniunctam resoluitur ne substitutus extraneus præferatur liberis fratris consanguinei testatoris ab eo valde dilecti; luego bien pretēdemos, que para que cesse el absurdo de que la linea de don Iuan Antonio de Castro lleue dos legitimas, don Francisco de Guzman no tiene derecho alguno como heredero de sus nietos para la parte que pretendé auer y heredar de los dichos. 20ij. ducados.

48 Vrget prætereà, que muerto Lorenço de Castro y su muger, dexando solos dos herederos forçosos, scilicet, vna hija propria, y vn nieto hijo del dicho don Iuan Antonio, la hija puede iure optimo dezirle a don Francisco de Guzman, q̄ no puede hazer parte con ella, por ser estraño, a quien no se debe legitima, quippè qui â parte excluditur non facit partem. *l. si post mortem. §. liberi, ff. de bonorum possess. contra tabul. glos. in. l. pater filium. ff. de inof. test. testament. l. planè. §. coniunctim,* vbi Doct. *ff. de leg.* 1. & cum partem non faciat, nec numerum constituere potest, Bart. *in. d. l. pater filium, ante num.* 8. Pereg. *de fideicom. art.* 5. *num.* 2. Merlino *de legi. lib.* 1. *tit.* 4. *q.* 3. *num.* 21. Y porque si pretende por cabeça de sus nietos, que no eran estraños, essos no le pudieron transmitir derecho de legitima no auiēdo sobreviuido a sus abuelos, que es requisito necessario, sine quo non transmittitur legitima, Merlino *de leg. lib.* 5. *tit.* 3. *q.* 7. *num.* 25. Thesaur. *lib.* 3. *forens. q.* 77. & satis patet ex supradictis, y esto mesmo puede dezir el nieto si se hallare viuo. Y si se le replicare por don Francisco, que lo que el ha de lleuar no es tercera legitima, sino parte de lo que ha de auer el nieto viuo, quedarà conuencido con la resolucion que dexamos assentado ser comun, scilicet, que el nieto no tiene obligacion de traer a collacion lo que su padre, v otros por el recibieron, no auiendo venido a poder del nieto que se halla vnico descendiente de el dicho don Iuan Antonio. Quibus expletur tertium fundamentum.

49 LO quarto en que Loréço de Castro y su muger fundan que don Francisco de Guzman no tiene derecho para la sucession que pretende en parte de los dichos 20ꝟ.ducados, consiste en que aun en caso que los huuieran ya desembolsado, y hechose patrimonio proprio de los quatro nietos, auian de bolver las tres quartas partes de los tres nietos predifuntos a los dichos Lorenço de Castro y su muger enteramente, por auer salido de sus proprios bienes y hazienda. Y para mejor inteligencia deste fundamento es necessario traer a la memoria la contienda que ay entre Bartulo y Baldo en aquella question tan celebre. Verùm scilicet se deba hazer separacion en los bienes de el hijo, ò descendiente vlterior, de tal modo, quod parentes ex latere paterno succedere debeant in bonis ex linea paterna provenientibus, parentes autem ex latere materno succedant in bonis ex materna linea dimanantibus. Quam quæstionem nuncupat grauem, & à multis controuersam Minsing. *centuria.6. obseruat.55.* arduam appellat Michael Crasus *de success. abintest. q.22.* valde dubiam adeò, quod non peccaret iudex, qui pro vna vel alia parte iudicaret dixit Maranta *in cons.92. num.5.*

50 Bart. *in leg. quod scitis. C. de bonis quæ liberis, & in Authentica. itaque C. communia de successionibus*, & alibi affirmatiuam tutatur sententiam, & enixe defendit separationem bonorum faciandam, taliter, que los ascendientes de parte de padre sucedan en los bienes que el descendiente, de cuius successione agitur, obtuuo de parte de su padre, y los ascendientes de la madre sucedan en los bienes de parte de la madre; y pondera por texto expresso *d. l. quod scitis*, & alia iura, quæ apud ipsum videri possunt.

51 Baldo sintio lo contrario *in Authentica. defuncto. C. ad Tertul.* affirmans nullatenus separationem hanc faciendam, sed indistinctè parentes succedere in omnibus bonis descendentis in stirpes data paritate gradus per textum *in. d. Authentica. defuncto*, que dize no admite la restriccion de Bartulo, & non desunt viri docti, tam antiqui, quàm neotherici, qui Baldi sentétiam astruere totis viribus conentur.

52 Verùm Bartoli sententiam sequuntur Ias. *in. l. post dotem, nu.108.* & ibi Imola, Romanus, & Paulo de Castro *ff. solut. matrim.* Alexan. *cons.150. vol.2.* Angelus, & Paulus *in. d. l. quod scitis*, Romanus *cons.40. num.4.* Lofredus *cons.32. num.3.* Antoni. Rubeus *cons.79.* Ioan. de Monte Sperelo *cons.97. à num.1.* Viuius *lib.2. communi opiniones 218.* Boerius *decis.192. num.5.* Franchis *decis.59. num.4. part.1.* Gama *decis.*

*decis.*9. & ibi Flores Diaz eius additionator, Antonius Thesaurus *decis.*27. Viuius *decis.*173. Borcholtenio *de gradibus pag.* 229. Vulteius *Inst. de hæreditatib. quæ abintest. def. in princip. num.* 36. Peregrinus *decis.*77 *num.*4. *&* 6. Cancerius *lib.*1. *cap.*5. *num.* 20. dicens opinionem Bartoli, & sequatium ipsum amplecti, & secundum eam bis consuluisse, & quoties casus accideret responsurus, cum potioribus fundamentis hęc fulciatur opinio: multos cumulat more suo Tiraquellus *de retractu, lib.*1. *§.*14. *glos.*2. *â num.*12. Flores Diaz ad Gammam *d. decis.*9. aunque impugna el fundamento de Bartulo, toda via fatetur æquissimam esse eius opinionem, & seruandam in iudicando, & consulendo, & quod ipse intrepidè seruaret.

53 Y aunque algunos de nuestros Reynos han tenido por mas cierta la opinion de Baldo, atenta la generalidad de la *l.*4. *tit.*13. *part.*6. ibi: *Entonces el padre è la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo*, que confirmò aun con mas aprieto y generalidad la *l.*6. *de Toro*, ibi: *En todos sus bienes de qualquiera calidad que sean*, exceptuando solamente la costumbre donde la huviere de bolver los bienes a el tronco, y la rayz a la rayz, vt patet ibi: *Saluo en las partes donde acostumbran, &c.* con q̃ parece excluyô la opinion de Bartol. qui truncum paternum, & maternum considerauit.

54 Adhùc Bartoli, & sequatium sententiam verissimam contendo; porque no es nuevo, singular, ni insolente en derecho hazerse semejante separacion de bienes, de que ay buen exemplar *in l. de emancipatis.*13. *C. de legitimis hæredi.* porque aunque es regular que en todos los bienes de el hermano que no dexa ascendientes, ni descendientes, sucedan los hermanos, *Authentica. cessante. C. de legitim. hæredibus. l.*5. *tit.*13. *p.*6. adhùc esto se limita quando no son hermanos vtrimque coniuncti, sed adsunt alij consanguinei, & alij vterini, quos vulgò medios hermanos appellamus: porque en tal caso los hermanos de parte de padre suceden solos en los bienes q̃ el difunto obtuvo de su padre, y los hermanos de parte de padre suceden solos en los bienes que huvo el difunto de su madre: ita gloss. fin. *in Authentica. itaque. C. communia de successionib.* gloss. 2. *in Authentica. post fratres.*1. *C. de legiti. hæredibus*, Ant. Gomez *in l.*8. *Tau. num.*8. Couarr. *de success. abintest. num.*8. *post medium*, plures relati à Robles *de repræsent. lib.*2. *cap.*22. *num.*3. & licet contrariam sequatur de iure communi affirmans non esse faciendam distinctionem bonorum, fatetur tamen hanc esse communem, & approbatam per *l.*6. *in fi. tit.*13. *p.*6. sin atender a que in persona defuncti todos los dichos bienes estauã hechos vn patrimonio, ni tener por absurdo ni disonante que se separe entre sus sucessores medios hermanos, que es lo que mas ponderan Baldo y sus sequazes contra la opiniõ de Bartulo.

No

55 No menos elegante exemplar tenemos *in l. cum alijs. C. de secundis nuptijs*, donde sin embargo de q̄ entran sus autores confessando que tienen mandado que los hijos deben suceder en todos los bienes de la madre, vt patet ibi: *Cum alijs sanctionibus iussimus materna bona integra ad liberos peruenire*, toda via disponen, que todo lo que huvo la madre ex largitate mariti, lo ayā solos los hijos de aquel matrimonio como bienes de su padre, vt patet ibi: *Quod tamen mulier mariti largitate percepit, id ex eo tantum liberi coniugio procreati sibi speciale tanquam paternum nouerint patrimonium vindicandum*: y lo mesmo disponen en favor de los hijos de el segundo matrimonio, ibi: *Sponsalitiam largitatem, quam vir secundus contulit in vxorem, tantummodo filij qui ex secundo matrimonio suscepti pro soliditate possideant.*

56 Rursus & vrgenter satis, no solamente quando immediatè bona ex largitate patris peruenere ad matrem secundo nubentem, se reserua la sucessión solida a los hijos del primer matrimonio, sino tambien quando mediatê, hoc est, ex successione abintestato de alguno de los hijos de el primer matrimonio adquiere bienes q̄ fuèron de el primer marido, sin embargo de que se auian hecho patrimonio de el hijo, y se pudiera dudar de si auian perdido la calidad de bienes paternos, y de titulo lucratiuo, siquidem la ley, y no la voluntad de el padre, nec eius liberalitas, defiere la sucession de el hijo a la madre en falta de descendientes, plana enim sunt verba Imperatoris *in l. fœminæ. C. de secundis nuptijs*, ibi: *Illud etiam addimus huic legi, vt si aliquis ex eisdem filijs, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit matre iam secundis nuptijs funesta, alijs etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id quod per eandem successionem abintestato, vel ex testamento suæ posteritatis mater videbitur consecuta in diem vitæ suæ pro sibi debita portione, sola tantum possessione delata omne his, qui supererunt ex priore suscepto matrimonio filijs relinquat.*

57 Vides ne? como no es de embaraço en derecho la separacion de bienes y patrimonio, ni nuevo el tener atencion in modo succedendi a la linea, ò persona, ex cuius substantia bona pervenere: cur igitur à Bartoli opinione Imperatorum vestigia, & documēta in sequentis recedendum erit?

58 Sed quicquid sentiāt Baldus, & eius sequaces de opinione Bartoli, restringiendo la question a terminos de dote, ò donacion hecha a hijo ò hija por causa de matrimonio, es sin disputa la resolucion de Bartulo, *ex textu in l. 2. C. de bonis, quæ liberis*, ibi: *Constitutionis nouæ capitulum clariore interpretatione sancimus, vt quæ per filios nepotes, pro nepotes, itemque filias neptes pro neptes quāuis in potestate sint minimè adquiri patri decreuimus, à marito vel vxore quocūq; titulo collata siue vltima* trans-

transmissa voluntate: nullus ad id quoque pertinere existimet, quod ab ipso parente datum vel dotis, vel ante nuptias donationis causa, pro vna ex memoratis personis præstitum fuerat, vt minimè ad eum si casus tulerit reuertatur. Y dan la razon los Emperadores, ibi: *Prospiciendum est enim, ne hac iniecta formidine parentum circa liberos munificientia retardetur.* En que reconocieron quan justo fuera el sentimiento y dolor de el padre, que no solo viesse su hijo muerto, sino su hazienda en poder de estraños, y que solo el temor de que puede sucederle serà bastante a retraerlo de acomodar sus hijos, dandoles dote y capital para sus matrimonios, en perjuyzio de el bien publico, que tanto consiste en la procreacion legitima ad tradita *in l. 1. ff. solut. matrim.* cum vulgatis: siendo asi, que bolviendo al padre los bienes dotales, ò donados sin passar a el estraño, no es herencia agradable, sino adquisiciò embuelta en tristeza y llanto: asi la llamô el Emperador *in l. fi. C. communia, de successionib.* ibi: *Et sui filij non gratam hæreditatem relictam, sed triste lucrum sibi lugeat adquisitum,* sirviendoles solamente de consuelo en su tristeza, arg. text. *in l. vnica. C. de his qui ante apertas tab.* ibi: *Habeant verò solatium tristitiæ suæ, quibus est merito consulendum, leg. si qua mulier. C. ad Tertul.* ibi: *Sin autem vniuersi, vel vniuersæ intestati diem obierint duræ fortunæ ad matrem solatia ex integro revertantur.* Y antes lo auia dicho Pomponio *in l. iure succursum. 7. in prin. ff. sol. matri.* dũc sic ait: *Iure succursum est patri, vt filia amissa solatij loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret.*

59 A Baldo hizo tanta fuerça *esta ley segunda. C. de bonis quæ lib.* que en su caso se conformò con la opinion de Bartulo, y afirmò, que siendo los bienes procedidos de dote, ò donacion por causa de matrimonio, deben bolver a el padre, ò abuelo que los dio: sic enim loquitur Bald. *in d. l. 2. num. 4. Sed Bartolus dicit, quod non est alibi, scilicet, quod auus maternus præferatur paterno in dote ab eo perfecta, vt vnde dos discessit propter liberos illuc reuertatur ex quadam dispensatione quasi ad proprium fontem. Sed Rayn de For. dixit, quod aui pariter succedunt per Authentica defuncto. Tu dic, quod non corrigitur in lucris nuptialibus, ad hoc, vt parentes sint promptiores in dotando, vt supra eadem l. 2 sed in cæteris bonis vndecumque perventis aui pariter succedunt.*

60 Y la mesma limitacion admitiò nuestro Español, no menos docto que Baldo, doctissimus inquã Præses Couarubias *in tract. de success. abintest. num. 2. versic. Verùm enim vero*; donde auiendo referido la opinion de Bartulo, y confessado que es frequentissimamente seguida, la impugna, limitandola con Baldo, ibi: *Posset tamen defendi planè præmissa opinio in lucris nuptialibus, ex l. 2. C. de bonis quæ lib. vt parentes sint promptiores ad dotem, & donationem prop-*

ter nuptias constituendam, Bald. in. d. Authentica. defuncto; cuius opinioni plures accedunt, & expressim Ioan. Lupus in. l. Tauri, num. 19.

61 Nec remoratur ad sic sentiendum la generalidad de la ley de Partida, y de Toro, que dexamos citadas: nam vt inquit Fachineus *lib. 5. contron. cap. 94.* & sequitur Vsualdus *ad Donell. lib. 1. comment. cap. 13. in fine. Nullum est infirmius argumentum, quam quod ex verbis generalibus desumitur ad legem particularem corrigendam, & tollendam.* Et habet iuri consonam rationem, porque la ley general nunca deroga a la que habla en caso especial, antes admite su temperamento, como se prueba bien per textum *in leg. sed & posteriores ff. de legibus,* donde el Iurisconsulto nos enseña leges etiam posteriores ad priores trahi, como si dixera, q̃ de tal suerte debe obrar su efecto la ley general posterior, que no derogue, enmiende, ni corrija priorem legem, quæ in aliqua specie eiusdem generis loquitur, sino que de ambas se constituya vna ley, que haga regla in toto genere cum limitatione tamen in specie, de qua prior lex loquebatur: y pondero por notable en este punto la gloss. *in Authentica. de hæreditatibus quæ abintestato, verbo, euacuatus,* que fue de opinion, que aunque la ley posterior contineat clausulam *non obstante quacumque alia lege,* toda via se debe cõcordar de modo que no corrija la anterior en quanto fuere posible, y la sigue Bartulo *in. l. sciendum. ff. qui satisdare cog. & in extrauag. ad reprimendam, verbo, non obstante.* Y aplicandolo a nuestra question, dezimos, que de las leyes en que fundamos la opinion que haze por Lorenço de Castro y su muger, y de las que se nos oponen por la opinion cõtraria se debe deduzir vna conclusion general, scilicet, que los ascendientes data paritate gradus deben suceder en todos los bienes de el descendiente, excepto en aquellos que ex linea paterna vel materna obtuvo el ascendiente, aplicandose estos en conformidad de la opinion de Bartulo, y de la de Baldo y sus sequazes, si el auerlos obtenido el descendiente ex substantia ascendentis fue por titulo de dote, ô donacion propter nupcias, q̃ es la especie en que se hallan Loreço de Castro y su muger, pues el derecho de los dichos veinte mil ducados lo obtuvieron el dicho don Iuan Antonio y sus hijos por donacion que ellos le hizieron. Quibus finem accipiunt, & quartum Fundamentum, & primus Articulus.

Articulo Segundo.

62 EN este Articulo hemos de fundar, que fue agrauio condenar a Lorenço de Castro y su muger, a que paguen a don Fran-

Francisco de Guzman en cada vn año la rata de los vn mil ducados, que por la capitulacion matrimonial se obligaron de pagar en cada vn año a el dicho don Iuan Antonio de Castro su hijo: y aunque queda bastantemente fundado cõ lo que largamẽte hemos ponderado en el primer Articulo, pues casi todo ello se aplica bien a el segundo agrauio, toda via ponderaremos algunos fundamentos nuevos y peculiares deste Articulo, y no aplicables a el primero, que fue lo que nos mouiò a separarlos.

Fundamento Primero.

63 La Capitulacion matrimonial, que trata de estos mil ducados de renta, dize asi.

Y EN el interin y mientras que los dichos don Iuan Antonio de Castro nuestro hijo, y doña Maria de Guzman y Ribera, que ha de ser su esposa, no sucedieren en los dichos veinte mil ducados, que asi le señalamos a el dicho nuestro hijo por Capital suyo, nos obligamos debaxo de la dicha mancomunidad que fecha tenemos, de les dar a los susodichos mil ducados de renta en cada vn año, los quinientos ducados de ellos en contado, moneda de vellon, en fin de cada tercio la tercia parte, y los otros quinientos ducados, en q̃ desde luego tassamos y moderamos los alimentos, y sustento de los dichos don Iuan Antonio de Castro, y doña Maria de Guzman y Ribera, y la viuiẽda que han de tener, y que desde luego les señalamos en las casas de nuestra morada, y el sustẽto de criados, coche, y cauallos, e lo menesteroso, e forçoso para su viuiẽda, conforme a las calidades de sus personas.

64 No se hallan en toda esta clausula mencionados los hijos y herederos de don Iuan Antonio de Castro y su muger, con que los contrayentes no dieron lugar a que afirmemos que fue personal y no real la promessa y donacion de los dichos mil ducados de renta, de tal modo, que con la muerte de los dichos don Iuan Antonio y su muger superviuentibus patentibus, quedò resuelto el derecho de auer y cobrar los dichos mil ducados de rẽta sin que passasse a sus hijos ò herederos, quod enim fauore, & in tuitia de la persona de don Iuan Antonio y su muger donatum fuit, no ay razon para que se entienda que quisieron hæredibus etiam donare: porque la presumpcion es, que el que dona inter viuos, licèt malit donatarium habere, quam se ipsum mauult tamen potiùs se habere quam hęredem donatarij, argum. *l. 1. ff. de donat. causa mortis*, particularmente si se atiende a la naturaleza de el contrato de donacion y concessiõ liberal, que no admite extension vltra de lo en ella expressado, ita vt nec facile donatio inducatur, nec facta amplietur, *l. si cum autem. 50.* & ibi Bartol. *ff.* *de*

de solut. Bald. *in. l. fin. col. 3. C. de dotis promi.* latè Tiraq: *in. l. si vnquã, verbo, donatione largitus, num. 169. C. de reuo. donat.* Y de aqui es, que la donacion semper censetur personalis non facta mentione de los herederos, que es lo mesmo que procede enel feudo, y otro qualquier priuilegio gratuito. *l. maritum. 13. cum. l. seq. ff. sol. matrim. cap. sanè. de priuilegijs,* latè Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 103.* adeò vt neque ad filios priuilegium gratuitum transire dictet expressus textus *in. l. in honoribus. 8. §. vacationẽ ff. de vacat. & excus. muner.* & plures cumulat Barbos. *in. d. cap. sanè, num. 2. ad fin.* ex quibus & alijs donationem ad hæredes non transire, sino es que expressamente stipulatione comprehẽsi sint totis viribus defendunt Alciato *cons. 99. num. 24.* Menoch. *cons. 84. num. 15.* Robitus *cons. 15. num. 3. tom. 2.* Thesaurus *lib. 2. for. q. 60. num. 7.* ibi: *Et in materia donationem communis videtur esse sententia, quod si fiat mentio hæredum, tunc annua donatio efficitur summa vna, & transit ad hæredes donatarij. Si verò sumus in dubio, finitur morte ipsius donatarij,* ita intelligendo textum *in. l. sancimus. §. fi. C. de donat. & hoc voluit Zasius. n. 7. in. d. §. stipulatio.* Y aunque refiere algunos, que fueron de opinion, que la donacion passa a los herederos, afirma en el *num. 15.* que se han de admitir en terminos de donacion absoluta, minimè autem exaudiendi in donatione annua, vt patet ibi: *Sed hoc haberet locum in donatione absoluta, secus in annua, quia non est verisimile donantem voluisse onerare hæredes suos, vt singulo anno soluãt pensionem hæredibus donatarij, in quos minor cadit affectio.* Y acaba Thesauro la question, afirmando Senatum illum censuisse non durare asignationem annuæ pensionis, nisi durante vita donatarij, nec ad hęredes transire.

65 Vltra quos yo pondero dos textos, que parece prueban con euidencia el assumpto, primus, scilicet, *in. l. penult. ff. de seruitutibus rusti. prædi.* en cuya especie auiendo vno hecho donació a su hermano de cierta parte de agua corriente, para que la pudiesse lleuar á su casa, ò a otra qualquier parte que quisiesse, determina Paulo Iurisconsulto, que el derecho de vsar de esta agua (por ser concession personal) no se transmitiò a el heredero de el hermano donatario. Y no ay en todo el texto palabra por dõde se pueda deduzir, que otra razon le pudo mover a tenerlo por personal sino el ser donacion y concession gratuyta. Secũdus extat *in leg. cum præcario. 12. iuncta leg. interdictum. 14. ff. de præcario:* porq̃ auiẽdo dicho *in. d. l. cum præcario,* que el precario non transit ad hæredes eius, qui præcario rogauit, dà la razon de esto *in. d. l. interdictum,* ibi: *Magis enim ad donationes, & beneficij causam, quam ad negotij contracti spectat præcarij conditio.* De suerte que dize el Iurisconsulto, que la razon porque el precario non transit ad hęredes rogatis,

es

es por ser donacion y beneficio gratuito, & exinde elicitur por cõsequencia legitima, que la donacion no es transitoria a los herederos que en ella no fueron mencionados, aliàs no obstara el ser concession gratuita el precario, vt ad hæredes rogantis transiret.

66 Y aunque parece que en nuestros terminos tẽdria dureza no juzgarse por comprehendidos los hijos del dicho Don Iuan Antonio de Castro en la promessa y donacion delos dichos vn mil ducados, por auer sido hecha ex causa matrimonij, quæ respicit integram ipsius familiam, vxorem nempe, ac filios, que son apendices del mesmo matrimonio; no nos embaraza; pues el intento no es negar a los hijos de Don Iuan Antonio la sucessiõ en los dichos vn mil ducados annuos, sino la transmission a los herederos estraños, como lo es el dicho Don Francisco de Guzman, per ea quæ latè diximus supra num. 22. & insuper ponderamos por elegante especie la de Papiniano *in. l. pater. 6. ff. de seruitute legata.* Donde nos propone vn testador que auiendo hecho legado de vnas casas a su hija, mandò que se le diesse passo a ellas por otras que dexaua en su herẽcia, y dudòse si muerta la hija legataria, tendrian derecho sus herederos para vsar del dicho transito, de modo q̃ se debiesse juzgar por real y no personal la facultad de passar por las casas de la herencia a las del dicho legado. Y resoluio la duda Papiniano, excluyendo de la sucessiõ deste derecho a los herederos estraños, vt patet ibi: *Quod hic nequaquam admittendum est, ne quod affectu filiæ datum est, hoc & ad exteros eius hæredes transire videatur*: donde notò con Cuiatio y otros, que con mysterio hizo Papiniano mencion de los herederos estraños para no excluir a los hijos y descendientes de la hija legataria, que tienen por si la presumpcion de igual afeccion que su madre legataria: desuerte que segun la sentẽcia de Papiniano y sus expositores, la presumpcion es, que el testador no tuuo voluntad de que esto q̃ es tener entrada y passo por la casa agena, se permitiesse mas que a la hija y a sus hijos y descẽdientes, mas no a los herederos estraños, respecto delos quales no se puede presumir afecto enel testador. Y si no es de presumir que en esta especie el testador quiso dexar grauado a su heredero con la molestia y enfado, que es dar passo por su casa a vn estraño, con quanta mayor razon diremos que la obligacion que los dichos Lorenço de Castro y su muger hizieron de dar a D. Iuan Antonio su hijo mil ducados en cada vn año, los quinientos en comida, salarios de criados y viuienda en su mesma casa, fue affectu filij, & nepotum, eorumque descendentium, porque tomasse estado, y tuuiesse con que sustentarse: ac per consequens que no tuuieron animo ni voluntad de que passasse a otro que no fuesse hijo, o descendiente del dicho D. Iuan Antonio, pues fuera de ser tan

cõſiderable eſta obligacion reſpecto de la cantidad, es mucho mas moleſta y dura, reſpecto de la calidad de auer de alimentar en ſu meſma caſa, ni aun fuera de ella, a vn eſtraño ſo color de ſer herede- ro del que no lo era. Et hactenus de primo fundamento.

Secundum Fundamentum.

67 ES Concluſion textual que el legado annuo ſe extingue y re- ſuelue con la muerte del legatario, de tal ſuerte que no paſſa a ſus herederos. *l. legatum.* vbi gloſſa *ff. de capite minutis. l. in ſingu- los. ff. de annuis leg. l. ſi ſtichum. §. ſtipulatio. ff. de verbor. ſignific. l. in annali- bus. C. de legatis*, porque ſe preſume auerle dexado para alimẽtos del legatario *d. l. legatum.* & ibi gloſſa. *ff. de capite minutis. l. cùm ij. §. ſi an- nos. ff. de tranſact.* gloſſa *in. l. codicillis. in princ. ff. de annuis legatis.* & aper- tè probatur per text *in. l. ſtichus. §. Titia. ff. de alimen. leg. l. Titia in prin. ff. de annuis leg.* donde Scæbola ſu autor quantitatem annuam reli- ctam appellat alimenta: & docent communiter Doctores, quos re- fert. & ſequitur Surdus *de alim. tit. 2. q. 12. à num. 1.* alimenta autẽ ex natura ſua peculiari, ſe extinguen y acaban con la muerte del ali- mentario, y no paſſan a ſus herederos. *l. cùm ij. §. modus. ff. de tranſact. l. fin. §. dominus. ff. de vſufruct. l. firmio in fi. ff. quando dies leg. cedat.* & mul- tis relatis comprobat Surdus. *d. q. 1. n. 1. & 2. & n. 12.* Cæſar Barzius *deciſ. 79. & 80.* Lara *in. l. ſi quis à liberis. §. idem reſcripſit. n. 76. & §. nõ tantùm à num. 63.* Gratianus *diſcept. 104.* Tuſchus *liter. A. concluſ. 290.*

68 Eſta reſolucion dio ocaſion a que ſe puſieſſe en queſtion, ſi proce- de lo meſmo in promiſsione annua hecha por contrato: y lo mas cierto y ſeguido por grauiſsimos autores es, que ſi procede, y que la obligacion præſtandi aliquid annuum, ſe extingue y acaba con la muerte de aquel en cuyo fauor ſe haze, por proceder la meſma ra- zon que en los legados annuos, quod ſcilicet promiſsio annuę quã- titatis in dubio præſumatur facta ad alimenta ſtipulantis, ita gloſſa *in. d. l. ſtichum. §. ſtipulatio.* quam ſequitur Bart. *ibi, num. 2. verſ. ſed ſemper fuit auſus.* & alijs relatis Surd. *dict. q. 12. à num. 5.* y aunque refiere non nullos contrariam ſententiam tutantes, adhuc Bartoli ſententiæ adhærendum affirmat, quippe quæ habet irrefragabilem rationẽ, & graues authores, nec aſsignari valeat ratio differentiæ inter lega- tum & contractum, vt legatum annuum præſumatur factum ad ali- menta, promiſsio autem per contractum minimè.

69 Y en nueſtra eſpecie tiene menos dificultad, porque los que ſien- ten contra Bartulo, ſe fundan en que en duda no ſe debe preſumir, quod promiſsio quantitatis annuę facta fuerit ad alimenta: y en el caſo deſte pleyto no eſtamos en duda, ſino en diſpoſicion expreſſa, pues

pues como parece por la capitulacion que referimos en el principio deste articulo, la promessa de los dichos vn mil ducados annuos fue para alimentos, y quando no lo dixera tan claro, se debiera assi presumir ex peculiari huius promissionis natura, como lo advirtio Molina Theologo *de iust. & iure, tom. 1. q. 238. num. 8. versic. Gama* para resoluer que no se deben traer a colacion y particion por el hijo hos redditus annuos à parentibus filio promissos, ac solutos dunc sic ait: *Idque propterea, quod eiusmodi redditus vicem alimentorum retineant ad sustinenda onera matrimonij: ita promittere illi, ac donare possunt ad alimenta, sustinendaque cum vxore matrimonij onera, æquam pecuniæ summam quotannis, interim dum viuerent, soluendam loco bonorum immobilium, quæ poterant statim ei donare.* Et hæc de secundo fundamento.

Fundamentum Tertium.

70 SI como dexamos fundado, la obligacion de los dichos vn mil ducados annuos fue para alimentos de Dõ Iuan Antonio y su muger, stinctam fuisse prædictam obligationem cõ la muerte de los susodichos, patet ex alio capite, scilicet, quod alimenta promissa, vel relicta cum temporis certa determinatione finiuntur, si alimentarius interim decedat, nec reliqui temporis heredibus eius debentur, *l. si cum præfinitione. 20. ff. quando dies legati cedat.* & ibi Bart. Iass. *in l. stichum. 9. stipulatio, num. 4. ff. de verb. oblig.* Caualcanus *de vsufruct. n. 137. in fin.* Gratianus *discept. 104. n. 36.* Surd. *de alimẽ. tit. 5. q. 1. num. 3.* donde dize que los alimentos ex natura sua tienen su determinacion ex persona cui debentur, adeo quod relicta pro certo tempore habent tacitam conditionem, scilicet, si toto illo tempore viuat alimentarius, quia omnis dispositio intelligitur rebus sic stantibus, *cap. 2. de renunciat.* cum vulgatis à domino Castello congestis, *cap. 59. tom. 4.* Y como vemos in prædicta capitulatione matrimoniali, la promessa y obligacion de los dichos vn mil ducados annuos, fue por tiempo limitado, conuiene a saber, en el interim y mientras llegue el caso de auer los dichos Don Iuan Antonio de Castro y su muger los veinte mil ducados de la capitulacion antecedẽte, de qua in primo articulo latê egimus, dictiones enim *donec & quousque* sunt limitatiuæ temporis, latè Cenedo *singulari. 46. nu. 6.* Gratianus *discept. 104. num. 65. & 66.* y como in specie *d. l. si cum præfinitione.* aunque el legado de los alimentos fue por tiempo de diez años, se acabò y extinguio la obligacion de pagarlos muerto el legatario, etiam nondum decem annis adimpletis, sin que passasse a sus herederos por los años que faltauan por correr: assi en nuestra especie fateri necessum est, que por auer muerto D. Iuan Antonio

y su muger alimentarios antes de llegar el caso de fenecer la obligacion de los vn mil ducados annuos con la sucession delos veinte mil ducados, quedò acabado y extinguido el derecho delos dichos vn mil ducados ad alimenta promissa.

71 Præcipuè si se atiende a que con la muerte de los dichos D. Iuan Antonio y su muger, cessô la causa de la promessa y obligacion de los dichos mil ducados de renta, conuiene a saber el matrimonio y sus cargas y obligaciones, ad quas supportandas promissio facta fuit, y consequentemente se debe juzgar por fenecida y acabada la obligacion de los dichos mil ducados, *cap. cum cessante de app. l. adigere §. quamuis. ff. de iure patro.* & alijs quæ cumulat Tiraq. *in tractatu cessante causa. à num.* 11. & in simili argumentantur Decius *consil.* 177 Iass. *consil.* 149 *lib.* 4. Menoch. *cons.* 29 *num.* 24. *vsque ad num.* 29. y en terminos de alimentos Surdus *in tractatu de alimentis tit.* 4. *q.* 4. *&* 5. Lara, *in. d. § non tantùm num.* 63. ibi: *Mihi autem superior sententia verior semper visa est; vt pater filiæ & genero alimenta promittens simpliciter censeatur promittere, dum matrimonium constiterit:* accedit Surdus. *d. q.* 1. *à n.* 14.

72 Ni obstarà el estar viuo vn hijo de aquel matrimonio, cóque parece no ha cessado in totum la causa, porque se sustentara en la parte que no ha cessado, scilicet, proportione hæreditaria filij viuentis, mas no por las partes de los hijos muertos, ex Papiniani sententia *in. l. Seyo.* 10. *ff. de annuis leg.* donde nos propone vn legado annuo hecho a Seyo, sub conditione de assistir a la agencia de los negocios de los hijos del testador, y auiendo (de tres que eran los hijos) muerto los dos dexando herederos estraños, se dudò de la consistencia del dicho legado por auer faltado la causa, scilicet, el poder interuenir en los negocios de todos tres hijos: y respondio Papiniano in hæc verba; *Non ideo minus annua Seyo pro parte hæreditaria viuentis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filijs Titiæ duo alijs hæredibus institutis vita decesserant: cùm tam labor, quàm pecunia diuisionem reciperent.* Sic similiter en nuestro caso, aunque la promessa y obligacion que hizieron Lorêço de Castro y su muger, de dar mil ducados en cada vn año, fue para que pudiesse sustentar las cargas del matrimonio, y alimentarse y a sus hijos, minoradas estas cargas no solo con su muerte, sino cô la de sus tres hijos que le heredaron, se debe minorar la dicha obligacion; siquidem tam alimenta filiorum, quàm pecunia ad illa ministranda diuisionem recipiunt, neq; in alimentis locus est iuri accrescendi. Menoch. *de præsumpt.* 158. *lib.* 4. Surdus *de alimentis tit.* 9. *q.* 5. *& in cons.* 123. *num.* 21. argum. text. *in leg. dominus. §. finali. ff. de vsufruct.* Quibus fundamento tertio, & articulo secundo finis imponitur.

ARTI-

ARTICVLO TERCERO.

73 EN Este Articulo nos incumbe fundar que fue agrauio condenar a los dichos Lorenço de Castro y su muger, a que dé seguridad para la paga de el principal de las herencias, quando llegue el caso del desembolso; y aunque siendo como está llana la justicia de los susodichos en lo principal, pudieramos omitir este agrauio y tercer articulo, adhuc vt omnibus suis numeris constet allegatio nõnulla subijciam, quibus & in hoc grauatos luce meridiana appareat.

74 In primis igitur sic argumentor: O la seguridad que se pide por Don Francisco de Guzman, y manda dar por la dicha sentencia, ha de ser dando fianças: ò asignando bienes rayzes que esté afectos a la paga de los siete mil y quinientos ducados que pretende en propriedad el dicho Don Francisco, taliter que no se puedan enagenar, ni tener en ellos libre disposicion los dichos Lorenço de Castro y su muger. Sed sic est, que qualquiera de estas dos formas de seguridad està destituida de fundamento en derecho, ergo, &c. La menor proposicion de este sylogismo, en quanto a que no se pueda pedir seguridad de fianças, patet porq̃ en todo el instrumento de las Capitulaciones matrimoniales no se hallarà, ni aun por induccion, obligacion que hiziessen los dichos Lorenço de Castro y su muger de dar las dichas fianças; omissum autem in contractibus habetur pro omisso *l. quicquid astringendæ, ff. de verborum oblig. l. si extraneus. ff. de condict. ob causam. l. si cùm dotem in principio. ff. solut. matrim.* que es el argumento de que vsô Pedro Surdo *cons. 18. n. 8.* para resoluer como resoluio, q̃ aunque sea condicion de el contrato que el obligado dè fianças, si las dà, y estas vienen a peor fortuna post contractum, non tenetur iterum satisdare, que son terminos aun mas apretados, si bien muy semejantes a los nuestros.

75 Y en quanto a que no se puede pedir seguridad de asignaciõ de bienes rayzes, minor illa propositio probatur, quia non obstante que el padre quando casa a su hijo le mande, prometa, ò done alguna cãtidad in rationem legitimæ, siue tertij & quinti, en que suceda despues de su muerte, bonis tamen, neque assignatis, neque traditis, no por esso queda impedido de vsar de la facultad que por derecho tiene, como dueño y señor para disponer de sus bienes, emẽdo, aut vendendo, permutando vè more boni patris familias, vt scilicet augeat, & tueatur suum, & filiorum patrimonium: pues no se ha de entender que cõ lo pac-

cionado en semejante capitulacion matrimonial quiso *sese co-mertiorum incapacem efficere, quominus negotiari possit, & inter homin-conversari, ne eorum suffragio careat: quod nimis graue cuique videri de-bet, leg. hi qui. C. de apostatis*, verba sunt Berengarij *in cap. vnico de fi-lijs natis ex matrim. cap. 7. num. 5. versic. Quartus casus.* Porq supuesto que contratando puede ser de vtilidad a sus hijos aumentan-do su patrimonio, aunque acaso no suceda ansi, como sea frau-de cessante, æquo animo ferre debet filius, *leg. de fideicommisso. C. de transactionibus*, & præstat argumentus textus *in l. si pater puella C. de inofficioso testam.* præcipuè si pater alienet, vt se & suam fa-miliam alat, pues no es de creer que tuviesse animo de pri-varse de la facultad que tiene para de sus bienes y haziend-alimentarse, y a sus hijos y familia, argum. text. *in leg. obligation generali. ff. de pignoribus.* De suerte que lo que a el padre que tal promessa, ò donacion hizo, le es prohibido en el vso y dispo-cion de sus bienes, solamente es la enagenació liberal y gratuita inter viuos, scilicet, donando, vel per vltimam voluntatem bo-na sua legando, aut alium hæredem instituendo, & insuper ve-dendo dolose, & per lascibiam, ac in fraudem conventionis ma-trimoniali, *leg. Titius. ff. ad Trebel.* docuit apprimè Angulo alij relatis. *leg. 7. glos. 1. à nu. 12.* señor Don Iuan de Larrea *allegation fiscali. 76.*

76 Y estos principios bien los reconociò Don Francisco de Guz-man, pues coloreò su pretension, con dezir y alegar, que Lorenço de Castro ha ido y va disipando sus bienes con dolo y fraude, mas no lo probô, antes el dicho Lorenço de Castro tiene pro-bado lo contrario, y que la diminucion que tienen sus bienes ha sido ex accidenti, & casu fortuito, a que assiste la presumpcion de que teniédo como tiene hijos, antes procurarà atesorar para ellos, quod omnibus parentibus commune votum est *l. nam & parentibus. 15. ff. de inoffic. testamen.* cum vulgatis. Con que parece queda bien fundada la justicia de Lorenço de Castro y su mu-ger. Salvo en todo la dignissima censura de V. md. cuius auspi-cijs hæc omnia.

Lic. D. Diego de Cuellar.
Velazquez.